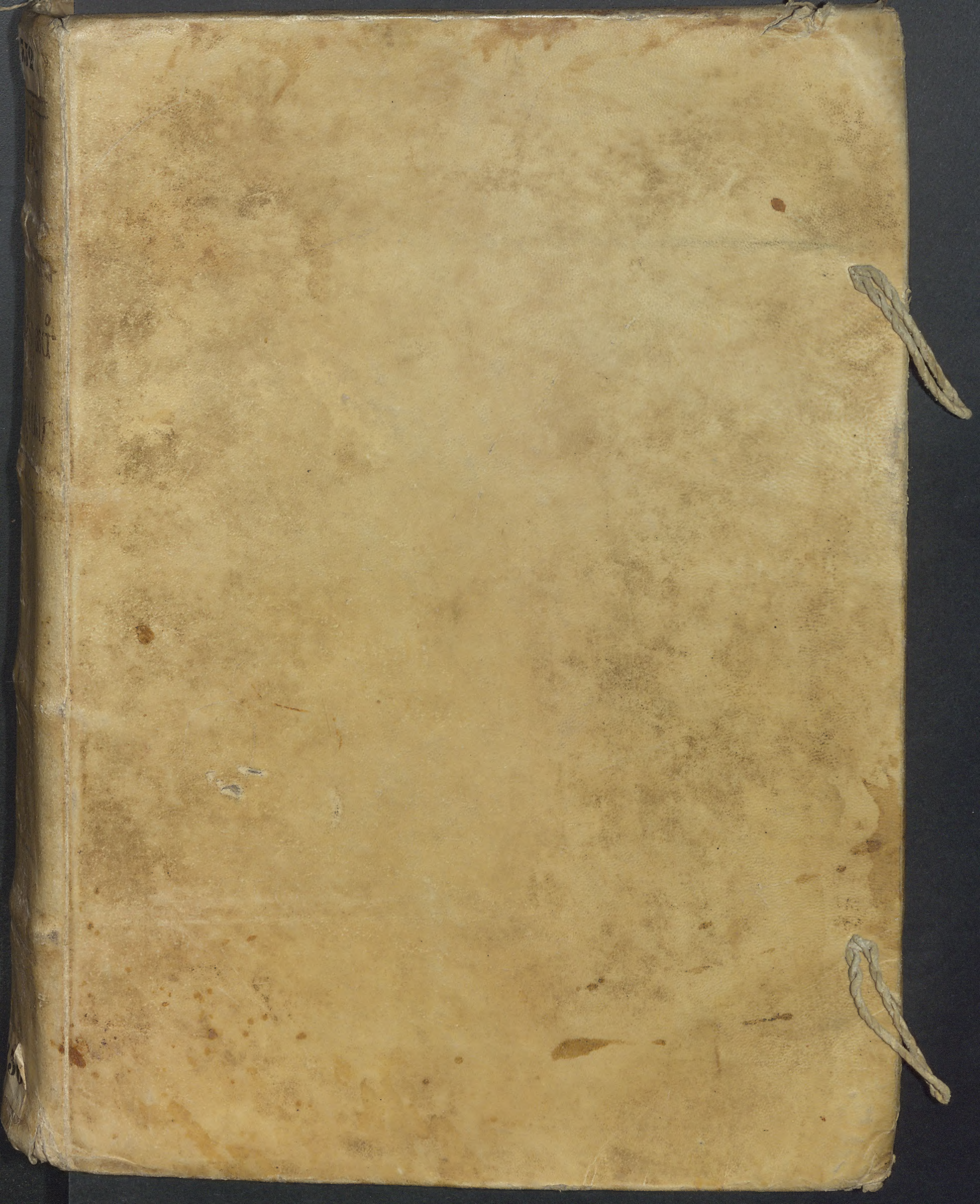


Apreciado en 20. r. en el legajo 6.º de Manuscriptos.

Esta materia la escribio y dicto el Sr. Dn. Diego Sierra, y se presi dio en esta Univd. por los Sres. Mtro. Moreno Delarde, y por los Sres. Josefs. En Salamanca la han presidido los Sres.

M. S. en folio, pergamino con 358 hojas, indice y portada:
De haereditate liber singularis. authore D. Diego Sierra

Rotulata

De hereditate mano esc.º singulari.

J. M. J. . . . . . .





De Hæreditate Liber Singularis

Cap. I.

Ubi de hęreditatis definitione disceptatur

Hęreditatem esse nomen iuris testatr. Ulp. in lg. pecunię 178. §. 1. de V. S. et ideo huius nominis vis, et origo à legibus petenda erit non à Grammaticis, seu rectoribus, qui aliter ac iurisconsulti de hęreditatis acceptione sentiebant, ut optimè observat Cujac. lib. 6. e mPap. in lg. 50. de petit. hęred. quare non oportet, ut definitionem, aut ethimologiam hęreditatis à Rectoribus petamus = Disputant DD. de hęreditatis denominatione: alij dicunt hęreditatem ab ære deductam 1. q.ª cum hęreditas sit successio in universum ius seu æs defuncti inde videtur originem sumpsisse quasi ideo hęreditas dicatur, quod sit æs defuncti, et pro hac sententia adducitr D. Isidorus lib. 9. ethimolog. cap. 5. vide Richard in tit. D. de adq. hęred. cap. 2. n. 1. sed huic fundamento resp.r ex supra dicta observ. Cujacij in d. lg. 50. de petit. hęred. quod non potest probari hęreditatis origo ex alijs: quam J.C.tis deinde huic sententię opponitur quod si hęreditas denominaretur à verbo æs non scriberetur cum aspiratione ut notat Gregor. inquam Petrus Gregor. Synt. iuris p. 3. lib. 41. cap. 1. n. 5. Richard. d. n. 1. neque huic sententię favet opinio asserentium non dari hęreditatem sine ære aliquo, hoc est sine aliquo iure, aut corpore quam tenet cum pluribus Castillo tom. 2. controv. cap. 17. ex n. 4. (nam admissa pronunc hac opinione de cuius veritate alibi disputabitur) non recte infertr. hęreditas non datur sine ære: ergo ab ære deducitur! alias res quę non dantur quin duo aut plures res concurrant seu pręcedant tot haberent denominatione, et ideo exercitus denominaretur à militibus, navis

denominari deberet à tabulis: ultra quam sententia à Castillo tradita non negat hæreditatem posse dari ex solo iure actionis in hæreditate relictæ; quo casu talis hæreditas non posset ita appellari cum nil æris in ea fuerit.

2 Alij dicunt hæreditatis nomen à verbo heres, desumptam ex eo q[uo]d sicut heres est dominus, ita et hæreditas quare à verbo herus idest dominus denominari oportuit q[uo]d confirmant ex lg. 11. §. 6. ad lg. Aquil. iuncto §. fin. inst. de hæred. qualit. et hanc opinionem tenent plures quos refert et sequitur Richard. in tit. de adq. hær. cap. 2. n. 2. Vallentia in d. tit. cap. 1. n. 14. et 15. sed huius sententiæ fundamenta parum probant: deinde ei obstat q[uo]d herus sine diptongo scribatur hæreditas autem cum eo. Opinor tandem probabilius dici, hæreditatem à verbo hæreo deductam quia hæret defuncto: indeque hæredes dictum, quatenus hæret et est successor defuncti, q[uo]d non improbat Petrus Gregorius d. c. 1. et admittit Lexicon Caluini verbo heres. Obsemb. in tit. D. de hæred. inst. neque obstat q[uo]d obijcit Richardus d. cp. 2. n. 1. ubi ideo tantum hanc sententiam reijcit quia non semper succedit defuncto ille qui proximius est: hoc enim fateor atamen negari non potest quin semel ac heres sit quilibet, licet extraneus, succedat et hereat defuncto. sed de his satis: parum enim ad rem faciunt: constat enim argumenta ab origine vocis deducta levissima esse, et ad summum tantum negatiue concludere vide Alciatum in lg. taberne 183. de V. S. diximus de mutuo cp. 1. n. 4. et 5. =

3 Verbum hereditas, vel accipitur pro sucesione in universum ius defuncti iuxta lg. 24. de V. S. lg. 62. de R. J. lg. 50. in prin. de petit. hæred. et passim vel pro ipsis rebus quas relinquit testator simul sumptis et per modum quid universalis ut in lg. 208. de V. S. Richard. d. cap. 2. n. 28. et 51. Valentia d. cap. 1. n. 13. quo sensu accipit definitionem Ciceronis in topicis qui dixerat hereditatem esse pecuniam, quæ alicuius morte ad quempiam peruenit: ex his duabus acceptionibus oritur quod hereditatis nomen aliquando pro rebus hereditarijs, frequenter pro iure sucesionis accipiatur, et in hac acceptione distinguitur à

rebus hereditariis. lg. 1. §. 1. D. de divis. rer. §. 2. inst. de reb. corpor. hoc sensu accepta hereditas definitur: successio in universum ius quod defunctus habuerit. lg. 62. de R. I. vel qd. defunctus habuit. lg. 24. de V. S. quę quidem leges per obscuram continent sententiam quamvis non ita pluximis videatur.

4 Communior receptiorque sententia tenet in his ll. definitam fuisse hęreditatem iacentem: dicunt enim verbum successio positum loco generis, ut pote aliis successionibus conveniens accipiendum esse pro re quę succedit in universum ius defuncti, quam rem dicunt esse personam fictam a iure, quę succedat in universum ius defuncti; hoc dicunt esse ita tenendum. 1º quia successio pro successore frequenter accipitur in iure ut in lg. 2. C. ad lg. Iul. de vi publ. lg. 19. vº. et ideo C. de iur. delib. lg. 3. ad. de impub. lg. 4. C. de postlim. revers. lg. 19. ff. de inoffo testam. lg. 3. de bonor. possess. in quibus verbum successio pro successore accipitur sicut etiam accessio pro re quę accedit usurpatur ut dicitur de fideiussione in §. 5. inst. de fideiuss. et in hanc sententiam consentiunt post antiquiores quos referunt Donell. lib. 6. comment. cap. 2. et ibi Osuald. Pichard. d. cap. 2. ex num. 12. Vallentia d. cap. 1. n. 11. Prado in lg. cum hęredes 23. de adq. possess. n. 8. sed predicta fundamenta dumtaxat probant non esse novum in iure ut verbum successio sicut et huic similia, pro re quę succedit, usurpentur a quo hoc unum infertur; scilicet: verbum successio posse accipi pro re, quę succedit: sed minime infertur necessario ita accipiendum; imo quam efficere potuerunt huius sententię assedę, quin verbum hoc improprie stet quando pro successore usurpatur.

5 Ostendam ergo, verbum successio in d. ll. 24. de V.S. et 62. de R. I. non posse accipi pro re quę succedit. 1º quia si ita acciperetur, illa definitionis verba hanc sententiam continerent: hereditas est res quę succedit in universum ius, qd. defunctus habuit; sed hęc definitio ita concepta repugnat: ergo nequit ita concipi. min. probatur: hęreditas pro ut a rebus distinguitur est ius successionis incorporale sicut ius usufructus, aut obligationis. lg. 1. §. 1. D. de divis.

rer. sed repugnat hæreditatem esse rem, quæ succedit in ius successionis ergo talis definitio ita concepta repugnans est: huic argumento respondet Pichard. d. cap. 2. n. 13. his verbis: quod tamen inconveniens non exinde sequitur. nam dicitur hereditas successio, quo sensu heres successor, illud interest, quod heres est, persona vera quæ in universum ius defuncti succedit, hereditas persona ficta et imaginaria utilitatis causa ab eodem iure inducta: ita doctissimus Pichard. sed fateor non capere solutionem: nam in herede non datur hæc repugnantia quæ datur in hæreditate, nam in herede ante aditionem datur ius succedendi, sine iure actuali in universum ius post aditionem non datur in herede ius succedendi, quia iam est actu successor in ius defuncti: at vero in hæreditatis definitione prout concipitur a Doctoribus datur illa repugnantia quæ non adest in herede: nam datur sit res quæ succedit, iuncto quod hæreditas est ius successionis. 2º proto falsam esse communem opinionem. ex lg. 208. de V.S. ubi dicitur quod in hæreditate duo tantum contingta videlicet universitas quædam ac ius successionis: ergo non continetur illa res quæ succedit. 3. quia illud quod a Doctoribus dicitur succedere in universum ius est persona quædam ficta a iure; sed talis fictio non datur: ergo præfata expositio sustineri non valet: quod non detur nec possit admitti prædicta fictio suo loco tuebimur.

6 Scio Osualdum in notis ad comment. Donelli lib. 6. cap. 2. litera D. reijcere sententiam Gedei asserentis, verbum sucessio pro causa sucessionis accipi debere: sed quidquid reiiciat Osualdus opinio Gedei non est omnino contemnenda: nam si loquimur de hæreditate iacente ipsa dicitur sucessio, quatenus respicit heredem cuius successio est: nam sicut heres futurus est in aptitudine successor in universum ius defuncti: ita eodem sensu hæreditas est, in aptitudine heredis in universum ius successio: hoc probatur ex lg. 3. de bonor. possess. nam in principio d. lg. dicitur bonorum possessionem intelligi: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, et postea in §. 2. ait idem I.C. bonorum

possessionem ita recte definiri: ius persequendi retinendique patrimonij siue rei, que cuiusque cum moritur fuit, ex quibus patet bonorum possessionem successionem dici (sicut hereditas in d. leg. 24. de V. S. et in leg. 62. de R. I.) et simul constat ipsam successionem non esse nisi quatenus causam succedendi tribuit, seu quatenus est ius persequendi &. ita subtiliter Bachov. ad Treutl. Vol. 1. disp. 14. thes. 1. lit. D. et volum. 2. disp. 12. th. 1. in principio. si loquimur de hereditate adquisita recte dicitur successio in vniuersum ius defuncti quatenus ius persequendi retinendique vniuersum defuncti tribuit heredi sicut bonorum possessio adquisita ius persequendi tribuit Bachov. d. locis et in d. Vol. 2. disp. 15. receptum fuit apud iurisc. res per effectus definire vt vsucapionis definitione. leg. 3. de vsucap. et in leg. 3. de iurisdictione leg. 116. de leg. 1. leg. 3. §. bonorum de bonor. possess. vt ex his leg. notat Azo in rubr. C. de vsucap. n. 12. neque obijcias illud quod male pro regula traditur: scilicet: hereditatem additam desinere hereditatem esse: quia hoc est omnino falsum vt suo loco dicemus hoc cap. ex n. 21.=

11 Sed obijcies ex predicta expositione deduci nullam distinctionem inter hereditatem et bonorum possessionem assignari posse. huic difficultati resp. cum Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 15. thes. 1. lit. C. D. vbi hec verba: neque enim puto alia ratione hec inter se, quam ius ciuile, et pretorium et vtriusque remedia et acquirendi modos opponi debere ciuilia scilicet remedia sunt actiones directe, vel actiones directas tribuunt: actiones pretorie, quibus casibus a iure ciuili disceditur, vtiles sunt et successores pretorij vtiles tantum actiones consequuntur: commune autem genus ius persequendi et excipiendi, ex vtroque iure commune est: neque minus heres iuris ciuilis ius persequendi, id est actiones quibus, et vniuersitatem, et res singulares sibi asserat, et defendat consequitur. ergo ita statuendum existimo cum hereditate recte conferri bonorum possessio, quod sit pretoria hereditas cum herede bonorum possessor quod sit pretorius heres; et cum aditione hereditatis agnitio bonorum possessionis. Per vtramque ius consequimur,

sed quod diuersimode, et diuersis remedijs exercetur neque magis quam bonorum possessor heres ex iure ciuili ius persequendi, vel retinendi habet. Proculdubio fefellit Frentlerum desinitio hereditatis, que dicitur successio in vniuersum ius desuncti sed nimirum plures et diuerse vnius rei desinitiones dari possunt: et dicam eodem modo bonorum possessionem desiniri posse, sed vtrobique sit genus tropicum hereditas ipsa successio n. est sed est vniuersitas et colectio rerum diuersissimarum. idem in bonorum possess. dicitr illa successio, quoniam heres adeundo succedit in vniuersum ius eodem modo agnoscendo bonorum possessionem, ex iure pretorio successor vniuersi iuris efficitur. et ita bonorum possessio desiniri potest, vt hereditas, et ex aduerso ratione efectus recte hec desinitur q. sit ius persequendi retinendi ve patrimonij &c= et ex his efficitur q. tum hereditatis tum bonorum possess. desinitio iure nostro tradita non sit: propria sed figurata hec ille Lrimius Doctor aliās doctrina confirmatur ex d. lg. 3. de bonor. possess. vt n. preced. eg induximus et ipse Bachov. d. loco et ex lg. 1. C. qui admitti vbi bonorum possess. absolute hereditas appellatur, vt notat Frentl. d. vol. 2. d. 15. th. 1. lit. D. vbi refert Duarenum in tit. de bonor. possess. cap. 2. Pichard. et Bachov. asserentes hereditati quoque competere desinitionem bonorum possessionis.

8 Non multum ab hac sententia abest Apellus cuius opinionem refert et aprobat Bachov. in notis ad Obesemb. in tit. D. de hered. inst. n. 2. aiebat enim Appellus in d. lg. 24. de V. S. et 62. de R. I. ipsam aditionem intelligi desinitam (quo ad efectum scilicet) quatenus media aditione heredi queritur successio in vniuersum ius desuncti quod meo videri comprobatur ex d. ll. in quibus hereditas dicitur successio in vniuersum ius q. desunctus habuit vel habuerit vt denotetr heredem succedere non in ius quod testator habuit, vel habuerit hoc est in illud ius quod in vita sua, aut in vltimo vite testator habuerat. sed proxime et inmediate ac proprie in ius quod desunctus habuit: hoc est in ius quod mortuus retinuit dum iacebat hereditas (retinet

defunctus iura sua, post mortem ut postea dicemus) defunctus enim et mortuus idem significant: sed respondebis fortasse: in d. lg. ea verba quod defunctus habuit, vel habuerit: hunc sensum habere: hereditas est sucessio in universum ius quod ille qui nunc est defunctus, habuit, vel habuerit dum erat vivens: sed contra; nam ita concepta definitio d. ll. falsa erit: siquidem hereditas non est sucessio in universum ius quod testator viuens habebat: siquidem ut omnibus constat plurima iura morte extinguuntur neque ad heredes transeunt: at vero si verba d. ll. accipias de hereditate adita ut tunc sit actu successio in universum ius quod defunctus post quam defunctus est habuit omnino veram sententiam continget: quin sit necesse ut illa verba in universum ius restringantur ad iura transmissibilia prout faciunt qui communem d. ll. expositionem tenent contra propriam, et veram, ~~atq~~ necessariam significationem verbi universum, reponentes eius loco verbum contrarium: nam iuxta communem expositionem, hereditas non est sucessio in universum ius, licet d. ll. afirment esse sucessionem in universum ius. vide infra. n. 11.=

9 Ex his igitur tenendum erit, iuxta verba, et mentem d. ll. et iuxta illinc positam definitionem: hereditatem aditam ibi definitam fuisse: nam illa verba ut constat ex d. n. preced. nisi violenta expositione restringantur non conveniunt hereditati iacenti: nec mirum quod ibi figurate iurisc.[ti] sucessionis verbum pro actu succedendi sumpserint: nam eodem modo fideiussionem pro actu fideiubendi petitionem pro actu petendi, stipulatio pro actu stipulandi et similiter plurime alie voces accipiuntur (quo facit quod hereditas proprie non datur ante aditionem; siquidem pendet ab aditione et ea confirmatur; et ideo si nullus unquam adit. non fuit hereditas: si adit retro fuisse videtur: et hanc sententiam ex predicta ratione tenuerunt aliqui quos refert Gofredus in repet. ad lg. servus hereditarius 52. de hered. inst. n. 43. scio tamen dubitari an hereditas pendeat ab aditione de qua re Pichard. in tit. de acq. hered. cp. 30. precipue n. 6. et 7.) facit tamen lg. 2. C. ad lg. Juliam de vi publ. succesionis verbum summitur pro sucessione iam quesita: et lg. 3. C. de impub. maxime iuncta lg. 4. C. de postlim. reuers. ex quibus constat non absurde in d. ll. verbum succesio, aut pro actu succedendi, qualis est aditio: aut pro iure, quod fact

aditione, hæredi acquiritur; posse accipi.

10 Si ergo quæris quomodo definiri debeat hæreditas: Respondeo: esse: patrimonium defuncti (hoc est mortui) cum oneribus: quæ definitio, et aditæ et iacenti hæreditati convenit, quamvis aliter, et aliter: nam dum iacet hæreditas, est patrimonium defuncti seu mortui, siquidem ipse adhuc retinet dominium, et possessionem rerum suarum, omniaque transmissibilia iura (quod dominium retineat probabimus cap. 3. quod etiam possessionem conservet, et qualis illa sit cap. 7.) post aditionem vero quamvis hæres successor sit in universum ius hæreditatis, et ideo bona hæreditaria dicantur patrimonium hæredis. lg. 23. de adq. possess. adhuc possunt dici patrimonium defuncti. cum hæres omnia iura hæreditaria habeat quatenus est successor et repræsentat personam testatoris. maxime; quia adhuc defunctus post aditam hæreditatem et antequam hæres occupet bona in particulari retinet aliquod ius in bona sua, suumque patrimonium: ut postea dicemus ex n. 21. et cap. fin. ex n. 24. usque ad n. 27. fateor tamen hanc definitionem propriissime convenire hæreditati iacenti; improprie hæreditati aditæ: hæc enim definita a Cicerone in topicis: pecunia quæ morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec ea legata testamento aut possessione retenta: in hac definitione pecunia sumitur pro omni patrimonio iuxta lg. 5. lg. 95. lg. 178. lg. 222. de V. S. ea verba: neque ea legata testamento denotant, legata non habere essentiam hæreditatis ut docet Vallentia d. tit. cap. 1. n. 13. verbum pervenit denotat aditionem factam: ex quo obiter collige, Ciceronem in eam fuisse sententiam ut existimaret hæreditatem aditam veram hæreditatem esse, imo eam dumtaxat nomen hæreditatis proprie habere, nam eam solam definitione comprehendit.

11 Ex dictis infertur, non dari hæreditatem viventis, nam de substantia hæreditatis est, quod sit patrimonium mortui seu defuncti, et hoc si loquimur de hæreditate nondum adquisita: si vero loquamur de hæreditate quæsita (per aditionem vg.) tunc de substantia hæreditatis est, quod sit pecunia, seu patrimonium, quod morte alicuius, seu propter mortem alicuius, ad quempiam pervenit &. quod probatur ex d. lg. 24. de V. S. et lg. 62. de R. I. ibi: quod defunctus habuit vel habuerit: ut supra n. 8. ostendimus neque obstat, quod

d. ll. loquantur de præterito: quod defunctus habuit: quod defunctus habuerit: nam ex hoc non sequitur loqui de testatore, qui in vita habuit, habuit, vel habuerit: loquuntur enim d. lg. (vt supra diximus) de hæreditate adita, quo tempore: quamuis bona, non omnino per solam aditionem desinant esse defuncti; aliquomodo eius esse desinunt; quo sensu fiunt patrimonium hæredis, et dicuntur non esse defuncti, sed fuisse: neque obstat l. 3. §. 2. de bon. possess. vbi bonor. possess. definitur: ius persequendi retinendique patrimonij siue rei, quæ cuiusque cum moritur fuit. Ex quibus vltimis verbis notat Pichard. in d. tit. de adq. hæred. q. 2. n. 37. recte in definitione hæreditatis aposita fuisse illa verba tempore mortis: recteque interpretes dixisse, hæreditatem esse successionem in vniuersum ius, quod defunctus habuit tempore mortis: nam quamuis hæc verba non reperiantur in d. lg. 24. de V. S. et 62. de R. J. iuxta emendatiores codices vt ipse Pichard. d. cap. n. 36. potuerunt addi ex d. lg. 3. §. 2. de bonor. possess. hæc enim non obstant neque d. lg. 3. §. 2. de bonor. possess. in illis verbis: quæ cuiusque cum moritur fuerit: duntaxat vult significare hæreditatem prætoriam incipere a primo instanti mortis vt docet Pichardu. d. n. 36. quare eodem sensu accipit verba, quæ adduntur d. lg. 24. et 62. et certe a fortiori ratione ita deberent accipi; nam cum d. ll. loquantur de testatore iam mortuo ibi: quod defunctus habuit, repugnarent verba tempore mortis: si non acciperentur de tempore in quo iam est mortuus testator, neque ea aliter possent accipi ex rigurosa significatione verborum; nam vita et mors simul non concurrunt, et proinde tempus mortis non est tempus vitæ, alias quis posset in eodem tempore esse viuus, et mortuus, quod repugnat, nam licet viuentes moriamur cum moritur quis adhuc est in vita lg. fin. de condit. inst. lg. 45. de V. O. lg. 79. §. 1. de cond. et dem. lg. 12. §. 1. de leg. 2. at vero dum quis est in vita non est in tempore mortis: Dices: ergo ea verba d. lg. 3. §. 2. de bonor. possess. ibi: qui moritur accipienda sunt de tempore vitæ: ergo bonorum possessor succedit in omne ius quod testator habuit tempore vitæ: ergo in iura personalia: Respondeo omissa solutione Pichardi d. n. 37. quæ sustineri non potest quod licet hæc verba cum moritur stricte sumpta significent tempus vitæ vt constat ex d. ll. et ex l. 18. §. 1. de manum. test. tamen quando ratio contrarium suadet possunt illa verba cum moritur

accipi sine dubio de tempore mortis, seu de tempore quo iam est mortuus, ut in d. lg. 18. §. 1. lg. 1. §. si ab ipso 19. D. de collat: ita Gofred. in repetit. ad lg. Insulam de solut. matr. ex n. 32. hęc necessitas datr in d. lg. 3. §. 2. de bonor. possess. ne alias ex illa lg. deducatr: ius persequendi competere ad omnia iura viuentis, qd est falsum: aut deducatr competere ad ipsa iura persequenda adhuc quando testator erat in humanis; quod est dare hęreditatem pictoriam viuentis: neque obstat lg. 91. §. si mihi seruus de leg. 1. ubi Patrimonij viuentis hęreditas dicitur. sed respondetr hęreditatē dici habito respectu ad id quod futurum est. Vallentia in lib. 3. trat. 1. q. 3. n. 4. =

12 Hinc etiam infertur hęreditatem non dari nisi aliquid a testatore relictum sit; siue hoc sit in corporibus, siue in iuribus, siue actu, siue in spe, seu causa, relicta hęc sint a testatore: non tamen sufficit, testatorem fuisse capacem adquirendi si nullam rē, nullum ve ius adquisitum relinquit, saltim in causa. Probatr nostra assertio. 1. ex d. lg. 24. de V. S. lg. 62. de R. J. iuncta lg. 3. §. 2. de bonor. poss. nam licet hęreditas a rebus distinguatur. lg. 1. §. 1. de diuiss. rer. pro inst. de reb. corp. sine rebus non consistit. sicut ciuitas quę est quid vniuersale et vt tale distinctum a ciuibus sine illis non datur: sicut domus non datur sine materialibus partibus, et plura alia, qd confirmatur exemplo vsusfructus, qui consistit in iure, et ab omni corpore prescinditur et tamen sine corpore non datur. lg. 2. de vsufr. princ. inst. eod. qo sic similiter possumus dicere hęreditatem esse ius, atamen talis naturę sine rebus non subsistat, sicut vsusfructus non subsistit sine corpore, quo faciunt. d. lg. 24. et 62. cum lg. 3. de bonor. possess. nam si hęreditas est successio in vniuersum ius: deficiente omni iure deficit materia successionis = 2o. probatr ex lg. 28. circa finem D. de vulgari in illis verbis qa non efficitr per eam, vt is qui nulla bona in ciuitate reliquit, hęredes habeat, qd confirmatr ex lg. 8. §. 3. de iur. codicil. ibi et de alienis quodammodo rebus testatur: et ex auth. ingressi C. de sacros. eccles. ex quib. constat ideo in casibus de quibus agunt prefata iura testamentum non valere quia nullum est ęs; si nihil habuerit testator: quo facit Vlpian. in fragm. tit. 20. §. 10. ubi ait filium familias ideo testamentū

facere non posse quoniam nihil suum habet unde eo testari possit. et hanc cum pluribus tueta Castillo lib. 2. controu. cap. VI. praecipue ex n. 4. Richard. d. cap. 2. ex n. 41. et ex n. 38.=

13. Caeterum tentabit aliquis respondere praejactis fundamentis, et ad 1. respondebit dicens, quod et si negari non possit quin haereditas exigat aliquid in quod succedatur, quodque sit materia haereditatis; hoc tamen semper dari sperdari in omni patre familias cum familiam habeat quae possit relinquere ut in eam haeres succedere possit. sed contra hanc euasionem ita insurgo; vel nomine familiae intelliguntur personae quae talis familiae sunt, vel intelliguntur lares seu domestica numina si primum nomine familiae accipiatur, cum pater nec uxorem, nec filios in haereditate relinquat; si aliunde servos non habet (hi enim et nomine familiae comprehenduntur toto tit. si famil. furtum fecisse dicatur) non potest sustineri ut ex ea solum quod testator familiam habuerit: siquidem si non habuerit servos de familia nequit testari: Dices tamen cum communi nomine familiae intelligi lares et sacra numina, quae Romani relinquebant successoribus suis, et ex eo solum haereditatem dari potuisse: sed contra hanc euasionem multa pugnant. 1us quod. falso nomine familiae lares intelliguntur, ut probatur ex d. tit. si familia furtum fecisse et ex eo quod reperitur ut fam. erciscundae ubi de diuisione rerum agitur. deinde ex fragmentis 12. duod. tabul. nam quatenus attinet ad facultatem testandi ita concepta erat. uti legasset super pecunia tutelave suae rei ita ius esto. ut constat ex fragm. Vlp. tit. 11. §. 14. vel ita Pater familias uti super familia pecuniave sua legasse ita ius esto ubi colligit. Gothofr. ubi verba super familia idem significat ac verbum tutela, loco verbi familia repositum ab Vlpiano d. §. 14. et ideo Pomp. in lg. 120. de V. S. cum loquatur de latissima potestate quam lg. 12. tabul. tribuit parentibus ut testamentum facerent. asserit hanc potestatem eis fuisse concessam in illis verbis uti legasit suae rei ita ius esto, nulla facta mentione familiae: 2o quia potestas

disponendi super familia solum concessa fuit habito res-
pectu ad tutores testamentarios, quos Pater testamento no-
minare potest familię suę; idest filijs suis = sed dato
q.d nomine familię tares comprehendatur ex hoc dytaxat
infertur potuisse facere tt.y qui tares habuisset quod nostrę
assertioni non obstat, nam si aliq.d testator potest trans-
mittere in successores non nego hęreditatem adesse.

14 Atamen falsissimus est q.d vulgo supponitur potesta-
tem testandi concessam fuisse cum familia. et ideo filios
hanc potestatem non habuisse quia eis non fuerat con-
cessa familia: hoc enim probant ex lg. duodecim tabular.
quam ita conceptam fuisse contendunt. Pater familias
uti super familia pecunia ve sua legasset ita ius esto. sed
concedamus legem ita fuisse conceptam: adhuc tamen
ex d. lg. ita concepta contrarium probatur, nam vel ea verba
pecunia familia vè intelliguntur disiunctivè posita., ut
suadet particula ve, quę disiunctiva est, et tunc sufficit
alterutrum dari, vel familiam tantum, vel pecuniam
tantum: quia hęc est natura disiunctivę orationis: et ideo
infertur ex ipsamet lege posse facere tt.y. vel qui totum
pecuniam habuerit sine familia et econtra: ex quo dedu-
citur filium familias posse facere tt.y = si illa verba legis
12. tabular. concipias copulative ut vult. Retes opusc. lib.
cap. n. ubi ait illam particulam ve resolui in copulativę.
et probatur ex lg. sępe 53. de V.S. tunc ex ipsa leg. infertur
sine pecunia quę relinquatur (sumpto verbo pecunia in
latissima significatione iuxta lg. pecunię 222. de V.S.) tes-
tamentum fieri non posse; nam de natura copulativę
est ut omnes eius partes verificentur, et ideo nec sufficiet
pecuniam habere sine familia, nec familię sine pecu-
nia: ergo qui nullam rem, nullam ve pecuniam in bonis
habuerit nequit facere tt.um si ergo vis scire rationę
ob quam filius familias non possit facere tt.y vide D.
Oroz lib. 5. cp. 5. et Scudo in Clypeo ad lg. 23. de adq.
possess. in 2. argumento ex n. 51. et precipue ex n.
62. ubi notanter exornat rationę ob quam filius non
possit testari. =

15 Ex his facile disolues aduersæ sententiæ fundamenta: 1.º sic se habet: hæreditas repræsentat et induit personam defuncti. lg. 34. §. 1. de hæred. inst. lg. 34. de adq. rer. dom. cum alijs concordantibus: sed hoc potest facere sine rebus ergo sine illis datr: Respondeo hæreditatem induere personam defuncti et eius vicem gerere, quatenus iura defuncti in ea conseruantur. et ideo si dantr iura quæ constituant hæreditatem tunc ea gerit vices defuncti; si vero non dantur iura, aut si nihil datur non gerit vices: vel aliter respondeo hæreditas gerit vices defuncti quando datur concedo, alias nego. et ad minor.: sed hoc potest facere sine rebus nego suppositum: Dices hæreditas principaliter est ius: ergo a rebus non dependet. Resp.º: quamvis vltro concedamus hæreditatem non solum principaliter sed substantialiter, ius esse: et omnem eius substantiam esse ius; adhuc non inferir ex solo iure consistere posse. sicut vsusfructus non consistit sine corpore. quod patet in obligatione, cuius substantia consistit in eo quod sit iuris vinculum quo necessitate adstringimur pr. inst. de obligat. itaque in substantiam obligationis non ingrediuntur multa requisita sine quibus obligatio non datur, nam obligationes quæ re contrahuntur sine re non existunt. tot. tit. inst. quib. mod. re quamvis huiusmodi obligationum substantia non consistat in re, vt diximus de mutuo. cap. vlt. n. 1. et constat ex lg. 3. de obligat. et act. sic aditio exigit requisitum delationis quamvis delatio non ingrediatur substantiæ aditionis ex quibus deducitur inepte arqui hoc modo hæreditas est ius distinctum a rebus ergo sine rebus datur: nam adhoc vt aliqua res defficiat sufficit si defficiant vel aliquod ex constitutiuis, vel aliquod ex prærequisitis: quamvis ad hoc vt existat necesse sit vt omnia constitutiua, omnia que prærequisita dentur.

16 Non obstat quod hæreditas damnosa vera hæreditas dicatur. lg. 32. mandati lg. 3. ad lg. falcid. lg. 4. ad trebell. lg. 119. de V. s. lg. 72. de hæred. inst. ex quibus sic arqui potest: damnosa hæreditas vera hæreditas est: sed in tali hæreditate nulla adsunt bona ergo sine bonis hæreditas consistit. Respondeo concessa maiori distinguendo minorem. quæ probatur ex lg. 39. s. bona. lg. 49. et 83. de V. s. in

tali hæreditate nulla adsunt bona deducto ære alieno, concedo; non deducto, nego: vel ita, nulla adsunt bona quatenus beant, seu facta compensatione cum oneribus, concedo, quatenus conservari possunt, et ad aliquem transmitti nego: nam in rei veritate hæreditas non exigit bona, si bona accipias iuxta d. ll. quæ deducto ære alieno supersunt; exigit tamen aliquid in quod succedatur, quod adest etiam in hæreditate damnosa, et ideo hæreditas et bona distinguuntur. lg. 46. §. 1. ad Trebell. ut notat Gothofred. in d. lg. 39. §. bona de V. S. et ita potest respondere ad §. 1. inst. quib. ex caus. manum. non licet. ubi supponitur dari hæreditatem eius qui solvendo non est: non aliter tamen quam si aliquid reliquerit ut constat ex d. §. in fine ibi: res hæreditarias &. igitur in eo distinguntur hæreditas et bona, quod hæreditas est patrimonium cum oneribus: bona autem, sine oneribus. ut notat Gothofr. d. loco et Pichard. d. cap. 2. n. 41. qui n. 42. accusat conditores partitarum quia in lg. 8. tit. 33. part. 7. dixerint hæreditatem esse bona quæ deducto ære alieno supersunt: hæc l. nostram opinionem adstruit; videamus an excusari possit: dico quod hæ lg. loqui de hæreditate attento effectus. iuxta lg. 164. de V. S. lg. 71. eod. ubi pervenire dicitur quod est remansurum quo sensu res quæ non sunt remansuræ, dicuntur non esse hæreditariæ in lg. 20. §. sed si 18. de hæred. petit. quæ maxime locum habent attento, et supposito beneficio inventarij: nam inventario facto, quoad effectum conveniendi hæredes usque ad vires hæreditatis, id dicitur hæreditatis esse, quod superest deducto ære alieno: et ideò si æs alienum exaurit patrimonium defuncti hæres nequit conveniri pro hæreditate quia nullam hæreditatem ad hunc effectum videtur habuisse.

17 Obijcies adhuc lg. 50. de petit. hæred. in princ. ibi hæreditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet: sed ex hac lg. solum infertur hæreditatem dari posse sine re corporali: sed minimè infertur eam dari sine corpore aut iure, ut notavit Alexander in d. lg. n. 3. et verum fatetur Pichard. d. cap. n. 39. quamvis dicat hanc interpretationem non omnino convenire illis verbis iuris intellectum habet quod probat ex eo

q^d tam iura quam corpora sunt et dicuntr res hæreditarię: q^d fateor sed vnde hoc obstet dictę expositioni n̄ capio: nec d. lg. 50. ait sine vlla re hæreditaria iuris intellectę habere. sed tentabis in illis verbis sine vllo corpore etiam iura comprehendi quatenus in iuribus eminentr corpora contineantur vt in actione, in nomine debitoris et alijs, q^d n̄ nego, dum modo mihi concedant aduersarij han esse improprię et figuratam minime que necessariam expositionę. nam cum regularitr corpora, et iura distinguantr quo pacto efficient aduersarij, vt ex his verbis, sine vllo corpore. inferatr necessario, sine vllo iure hæreditatem dari ad quod facit lg. 7. C. de codicillis.

18 Dices pater qui nihil reliquit potest filijs tutores tt.^o dare. lg. 120. de V. S. lg. 1. de tt.^a tut.^a iuncto, q^d patri permittitur testari vel super pecuniam vel super familię suę tutelam. lg. 53. in prīo de V. S. Vlp. in frag. tit. 11. §. 14. sed talis datio tutelę n̄ subsistit sine hæreditate, et hærede. lg. 8. de tt.^a tut. q^o = Respondetr ex d. lg. 53. de V. S. tutorem sine pecunia dari non posse quia nullum est tt.^y in quo non datr pecunia (latè hoc nomine sumpto) non quia sit necesse filios instituere. lg. 4. lg. 31. de test. tut. lg. 26. §. 2. eod. sed quia necesse est vt pater faciat tt.^y validum. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 8. thes. 2. lit. A. B. illa enim facultas non fuit concessa parentibus, ita vt separatim de tutella tantum possent disponere; sed ita vt possint, facto prius tt.^o et dependentr ab eo lg. 9. de test. tutela tutores liberis dare. ex quo infertur quid dicendę sit quoad pupillarem substitutionem, an ea possit subsistere q^d Pater nihil relinquit hæredi suo ipsum tamen impuberi filio postea diuiti facto substitui. Respondetr testamentum Patris nullum efectum habere, q^a nullum ius in eo relinquitur. et ideo neque substitutionę posse substineri cum dependeat a tt.^o paterno. §. 5. inst. de pup. lg. 2. de vulg. et pup. in prīo, et ideo corruunt fundam.^ta contrarię opinionis. quam tuetur Gomez in lg. 3. tauri n. 17. Vallent.^a et alijs. videas tamen Castillo d. lib. 2. controu. cap. 17. præcipue a n. 4. vbi nostram tuetur sententiam.

19 Ex dictis infertur 1.° differentiam esse inter bona, et hæreditatem nam quamvis conveniant in eo quod æquè bona ac hæreditas universitatem quandam et non singulas res demonstrant. lg. 208. de V. S. quæ non aliud habet sensum quidquid dicat Vallentia d. cap. 1. n. 7. in fine: distinguuntur tamen in eo quod bona proprie sumpta sunt ea, quæ deducto ære alieno supersunt. lg. 39. §. 1. lg. 49. de V. S. hæreditas vero est universitas patrimonij cum oneribus, ut supra diximus. et ideo si pars bonorum (3.ª vg.) legatur debetur tertia pars illius, quod deducto ære alieno superest. lg. 9. de leg. 2.° at vero si tertia pars hæreditatis legetur debetur tertia pars omnium rerum. lg. 8. §. fin. eodem excepto casu quo hæres sit creditor. lg. 104. §. finalleg. 1. Vallentia d. n. 7. = nomina enim universitatis, seu id quod per modum universitatis habetur plurimum differt ab individuis: nam aliud est habere dominium, vel aliud ius ad universitatem, aliud ad res in particulari ut constat ex lg. 30. de adq. possess. lg. 23. de usucap. §. 29. inst. de rer. divis. ubi notant interpretes. D. Ftenao lib. 1. ot. 1. et diximus cap. fin. n. 25. hinc provenit quod legato uni usufructu rei particularis, et alteri eiusdem rei legata proprietate; uterque ad usumfructum concurrat. lg. 19. de usufr. legat. quia nomen rei (fundi vg.) legatæ, continet ex vi verbi usumfructum et proprietatem. lg. 66. §. fundi de leg. 2. lg. 10. de usufr. legato: attamen legato usufructu rei universalis bonorum vg. hæres non habet ius ad quem ex institutione pertinet proprietas, non habet ius concurrendi cum usufructuario ad partem usufructus quia ad hæredem non spectant res in particulari, sed duntaxat in universali quatenus succedit in patrimonium, quod potest verificari sine usufructu, nam verbum patrimonium non significat quidquam in particulari. obiter nota quam male Vallentia d. cap. 1. n. 9. dixerit; ideo hæredem non concurrere ad partem usufructus, quia hæreditas consistit in iure et quia sine ulla re potest dari; et hanc fuisse eius mentem colligitur ex fine d. n. cuius doctrinam deducet ex eo quod num.°

praecedenti dixerat, scilicet haereditatem sine ulla re posse constitui: male inquam nam ex hoc contrarium probatur: siquidem leges, quae probant hoc quod de haerede diximus sunt. lg. omnium 4. de usufructu. et lg. 37. de usufruct. legato ex quibus constat non aliter legatum usus fructus omnium bonorum effectum habere quam si dodrantis estimationem non excesserit. iuncta d. lg. 37. quae loquitur universaliter, et ut talis eius decisio ex hac lg. 29. temperanda est: quo constat ex d. ll. haereditatem sine rebus non dari; quia non satis consultis visum fuit haeredes nudam proprietatem habere: male etiam infert Vallentia d. cap. n. 10. ideo haereditatem non posse adquiri aut peti nisi pro indiuisso quia intellectualis est, et personam quandam constituit, nam licet pro indiuiso non possit peti aut adquiri. lg. 7. si pars haered. pet. lg. 8. de rei vindicat. lg. 4. comm. diuid. hoc non prouenit neque ex eo quod sit quid universale in quo res non continentur principaliter, et primario. partes enim constituentes primario haereditatem sunt partes quotae ut sextans dodrans &. et ideo hoc ius inuenitur in quacumque universitate. lg. 7. §. 1. quod cuiusque univers. lg. 30. in princ. de adq. possess. lg. 23. de usucap. neque pro Vallentia dicas etiam in his inueniri fictionem: quia hoc est falsum ut suo loco dicemus.

20 Similiter ex his profluit quod si haereditas sit vendita non teneatur haeres de euictione pro singularis rei euictione. lg. 2. in princ. de haered. vel act. vend. lg. 1. C. de euict. sufficit enim quod haereditas sit ut euictio cesset: est haereditas dum datur patrimonium defuncti cum oneribus. quae res universalis vendita fuit, et ideo haeres duntaxat tenetur pro euictione huius universalis in casu quo tota haereditas fuerit euicta, utpote quia non pertinebat ad venditorem. Vallentia d. cap. n. 11. ex lg. 13. de haered. vel act. vend. lg. 7. et 8. eod. D. Otea de cess. tit. 7. q. 5. n. 13. et 14. qui d. n. 13. ex hoc infert vendita haereditate deberi gabellam etiam earum rerum pro quibus rebus in particulari venditis non deberetur. quod procedit tam in venditione quam cessione quando ut universitas venditur seu ceditur, alias enim si enumeratis speciebus vendatur aut cedatur tunc ex singulis iuxta conditionem uniuscuiusque debetur gabella, aut datur euictionis actioni locus. D. Otea d. n. 14.

et 19. et hęc doctrina et differentia inter res universales, et individuas, ita apud iuris Consultos communis est, vt negari non possit et ita JC^ti. sensisse constat ex seneca lib. 6. de beneficijs cap. 5. nam dum eos irridet satis constat, hanc fuisse eorum mentem: posset tamen excusari Seneca quia tęque Philosophus moralis ferre tullit hanc iuris consultorum distinctionę cum ad effectum relata hęreditas ipsa constet ex rebus individuis, aut quia Seneca sequebatur eam opinionem quę asserit res non distingui siue collectivè, siue divisivè sumantur. huc etiam facit lę. proponebatur. ff. de iudicijs: quam bene non satis tamen exornat Petrus Barbosa in d. tit. recte Alexander ab alex. lib. 3. cap. 10. vbi Tiraquellus =

21 Denique ex supradicta definitione, et ex doctrina prius tradita circa expositionem lę. 24. de V. S. et 62. de R. J. infertur vt supra diximus hęreditatem post aditionem durare vt docuerunt non nulli quos reijcit Richardus d. cap. 2. n. fin. et alij apud Gofredum vt diximus supra n. 3. et defendit D. Balthasar de Prado in proscriptione fictę personę hęreditatis in 1º. argumento ex n. 14. ad n. 26. et ex n. 61. ad n. 76. vbi aliqua mouet pro hac opinione quam tanquam sui inventum tuetur: suspicor tamen non vidisse Alciat. in lę. 24. de V. S. et 4. per reg. 1. quę reiciunt Duarenus in lę. 1. §. 16. de adq. possess. Valentinus fonter in tract. de success. ab intestat. lib. 1. rubr. quid sit hęred. et Gedeus in d. lę. 24. in pro de V. S. nec vidisse Bachovium ad Treutl. volum. 1. disp. 14. th. 1. in fine, et alijs locis supra relatis sed precipue d. ther. in fine vbi q^d per aditionę respectu hęreditatis n^o omnino aboleatur veluti si de falcidia detrahenda agatur: q^d recte maxime admitendum dicit in casu quo hęreditas cum beneficio inventarij adita fuisset Marta summ. successionis p. 4. q. 13. art. 1. per totum, vbi hanc partem efficaciter probat, et ab argumentis contrariorum defendit. idem probat Santotaria interp. 5. §. 2. n. 7. 8. 22. et 3. ex eo quod si hęreditas desineret esse talis per aditionem sequeretur q^d quando unus ex hęredibus adierit, alij non possunt adire hęreditatem, quę iam sit extincta et sequeretur, q^d si vnus ex hęredibus

esset suus, aut necessarius nunquam esset hereditas quæ a coheredibus posset adire quod absurdum est ut constat ex lg. cius qui 41. de reb. cred. (Contendit tamen Sanctotaria per additionem euacuari hereditatem qualitatibus personæ et dominatricis) sed (Retes lib. 1. cap. 2. opusc. n. 25. neque fictionem hereditatis per aditionem extingui contendit et ex eo mouetur quod adhuc ad continuandos efectus possessionis sit necessaria fictio, ut illa D. retulimus cap. fin. n. 30. sed parum Doctorum placita iubant nisi etiam ratione autoritate que iurium suum adstruant asertum, libuit tamen hec referre propter aliquos qui nobas inauditas que assertiones dicunt: quas in vulgaribus doctoribus non viderint. quo facit Retes lib. 2. opusc. c. n. =

22 Probatur hec assertio ultra Prado ex dictis supra hoc cap. ex n. 8. usque ad 11. inclusiue et ex d. cap. 1. fere per totum. De inde probatur 1.º ex eo quod crimen expilatæ hereditatis committitur siue hereditas adita, siue nondum adita fuerit lg. 2. §. 1. D. expilatæ hereditatis: ergo hereditas addita dicitur expilata hereditas siquidem sub titulo et nomine expilatæ hereditatis comprehenditur. 2.º probatur ex eo quod hereditas adita ab uno ex coheredibus potest ab altero coherede peti; quo casu hereditas peti dicitur, ut constat ex lg. 1. §. 3. et seq.: ac passim in tit. D. si pars hered. pet. neque potest dici hereditatem hinc accipi pro rebus singularibus ut vult Richardus d. n. fin. nam hoc est falsum, ut recte Vallentia eius discipulus ab eo discesserit d. cap. 1. n. 13. et constat ex d. lg. 1. si pars hered. pet. §. 4. ubi dum mentio de partibus sit loquitur JCus. de triente, de dimidia et alijs partibus quotis. constat etiam ex lg. 7. eod. tit. quod argumentum augetur ex eo quod in proposita specie, quamuis hereditas duntaxat sit addita ab uno ex coheredibus, in totum addita dici debet. lg. 10. lg. 80. de adq. hered. lg. 37. ad Trebell. Vallentia de adq. hered. q. 4. n. 9. sed nihilominus hereditas est et dicitur ut tot. tit. si pars her. pet. ergo post aditionem totius hered. permanet hered. confirmatur quia hereditas venditur post additionem

et adhuc hæreditas post venditionem hæreditas est. ut optime probat lg. 1. C. de evict. et ideo non tenetur hæres de evictione pro singulis rebus. lg. 2. de hæredit. vel actione vendita qd admittit Vallentia d. cap. 1. n. 11. ergo post aditionem datur hæreditas: huc facit: quod indigno auferatur hæreditas tot. tit. de his quæ ut indign. auf. et hoc quidem postquam hæreditatem adierit. lg. 2. §. 1. et passim d. tit.: nec sufficit hæreditatem additam fuisse sed ulterius requiritur ut in d. tit. plerumque saltim, ut iure sit institutus, qui adierit, et ideo dicitur in d. rubr. qd. ab indigno auferri. lg. 2. §. 2. de S.C. Silaniano, et ideo confunduntur actiones. lg. 8. lg. 17. lg. 18. §. 1. de his quæ ut. igitur hæreditas auferri dicitur postquam addita est a vero et iusto hærede de lg. 15. aderi de S.C. Silan. quæ ad alia difficilis reputatur. vide duarenu in tit. D. de vulgar. cap. 10. seu potius Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 7. lit. G. = fulcitur præfatum argumentum hoc modo: nuda existentia sui hæredis tantum valet quantum extranei additio. lg. 11. de suis et lg. hæred. sed et si hæc nuda existentia deficit, adhuc filius transmittit hæreditatem. lg. unic. C. de his qui ante apertas tabul. ergo quia hæreditas datur postquam filius factus fuerit hæres per nudam existentiam: ergo idem dicendum post additionem extranei =

23 **R**estant adhuc postea omnia fundamenta a Prado congesta. 1º. hoc probat ex lg. 18. in pricipio et §. 1. ad lg. Falcid. ibi fieri hæreditatem additione eius, et postea fiat quod hæreditas post restitutionem. 2º. quia aditio confirmat tt. 3. lg. 18. in pricipio de stip. servor.: ergo hæreditatem perficit. ergo antea non est proprie hæreditas. 3º. quia hæreditas fideicommissaria est vera hæreditas qd probat ex eo qd hæreditas in directam et fideicommissariam dividatur et recte. sicut etiam libertas fideicommissaria est vera libertas: et sicut servus est vere homo: cum libertas in directam et fideicommissariam dividatur: et homines in liberos et servos: igitur hæreditas fideicommissaria vera hæreditas est ut tenet Osuald. ad Donell. lib. 7. cap. 15. lit. A. sed hæc post additionem pervenerat, et ideo restitui mei quæ dicitur ut toto tit. ad SC. Trebel. ergo quia

post aditionē datur hæreditas. neque satisfacies si dixeris hanc esse improprie hæreditatē, quia hoc est falsum, ut probauimus= 4.º quia in maioratibus succeditur fundatori, et n̄ ultimo possessori ut probant ex lg. unum 67. §. 1. de leg. 2. nec succeditur in patrimonium, aut onera ultimi possessoris, sed primi fundatoris: ergo quia adhuc permanet hæreditas= 5.º quia hæres hæredis est hæres vere et proprie primi, seu testatoris. lg. 3. de hær. pet. lg. 76. in fine de adq. hæred. lg. 194. de R. J. lg. fin. C. de hær. inst. quibus potest addi lg. 7. §. fin. de adq. hæred. ergo quia habet successionem in universū ius illius: ergo quia est hæres, et ideo in d. lg. 7. §. fin. dicitur hæredem hæredi non posse omittere hæreditatē primi testatoris, ubi notare libet q.d vocatur hæreditas post aditionē: sed hoc potuit probare Prado ex lg. 5. in princ. et ex lg. 8. in princ. eod. tit. ubi dicitur hæreditatē nos obligare post additionē, sed si per additionē evanuit non posset nos obligare: ergo vel dicendum est eam post additionē durare; vel dicendū hinc JC.tum Ulpianum summere hæreditatē pro additione; quod confirmaret eam expositionē supra n. 8. traditā ad lg. 24. de V. S. et 62. de R. J. sed est divinatoria expositio cum commode possint accipi. d. ll. de ipsa hæred. ut ex dictis constat. ultimo probat Prado. hoc assertum ex lg. 59. de adq. hæred. lg. 10. §. 2. de vulgar. ex quibus constat hæreditatē Patris post additionē iungi hæreditati filij aut e contra ergo quia adhuc manet hæreditas alias q.º non est iungere sibi aliam hæreditatem non posset. ecce hoc numero omnia quæ adduxit Prado aliquibus duntaxat ut pote parui ponderis Consulto omissis.....

21 Hæc tamē assertio temperanda est. seu hoc modo accipienda ut hæreditas post aditionē aduc sit hæreditas vere et proprie quatenus est universale ius continens commoda et incommoda: seu successio hæredis in universum ius q.d testator post mortem habuit, sive in actu sive in causa habuerit: hoc patrimonium seu hoc ius semper residet in hærede et ideo ab hærede in hæredem transit. d. lg. 7. §. fin. de adq. hæred. cum concordantibus, et cum hoc ius distinguatur

ā rebus singularibus in hæreditate quomodolibet contentis; inde est quod possit permanere penes hæredē post aditionem factam; et post quam hæres singularum rerum possessionem fuerit adeptus. imo et adhuc postquam res hæreditarias omnes vendiderit, et hoc sensu procedit l. 22. de vsucap. vbi dicitur quod hæres, et hæreditas vnius personæ vice funguntur. nam hæreditas adita est successio hæredis in ius defuncti, et ideo tam hæres, qui est successor in hoc ius quam ipsa hæreditas funguntur vnius personæ vice quare non obstat qd per aditionem omnia iura transeant in hæredem. lg. 23. de adq. posess. nam transeunt omnia iura quæ defuncti fuerunt hoc est hautualia; et non primo et principaliter vt singularia sed vt quid vniuersale, hoc est transeunt collectiue omnia iura, diuisiue tamen non transeunt statim nisi secundaria et implicite quo sensu procedit. lg. 37. de adq. hæred. ibi: in omne ius mortui, non tantū singularum dominiū succedit. id est potius in omne ius mortui quam singulary rerum, vt indicat Pichard. d. cap. 2. n. 29. et diximus cap. 3. n. 25. vide etiam eod. cap. n. 24. et vt ibi dicta percipias repete eod. cap. ex n. 22. sed dices in d. lg. 37. ea verba: in omne ius mortui opponi illis verbis singularum rerum. quasi dubitanti, an hæres succedat in corpora tantum, an etiam in iura. respondeat JCtus hæredem in omne ius mortui non tantum in corpora succedere: qo supponit JCtus hæredem succedere in dominiy singularum rerum: respondeo ita videri concipiendum dubium in d. lg. 37. vt constat ex vltimis verbis ibi: cum et ea. sed ex eo non deduci quidquā quod nobis officiat. nam JCtus respondet prædicto dubio docens hæredem succedere in omne ius mortui, non tantum in singularum rerum dominium; quasi diceret nō tantum succedit in corpora, quam in vniuersū ius in quo et corpora et iura continentur: quod succedat in vniuersū ius probatur ex eo qd succedat in iura, et qd succedat in iura probat JCtus in vltimis his verbis; cum et ea quæ in nominibus sunt ad hæredem transeant: qo asserit JCtus hæredem potius in vniuersū ius quam in singularum rerum dominium succedere:•

25 Ex quibus non obstat quod hæreditas adita

fiat patrimonium hęredis vt constat ex d. l. videndus Carleual. de iudic. tit. 1. disp. 2. ex n. 288. vbi plura ad praxim iudicij tradit. nam fit eius patrimonium retinens substantiam hęreditatis: siquidē hęres fit dominus rerū quatenus est successor in vniuersū ius q̄d defunctus habuit. et ideo adhuc est successio hęredis in vniuersum ius q̄d defunctus habuit: q̄o adhuc datur hęreditas in cap. fin. ex n. 22. ostendimus hęredem per solam aditionem adquirere res hęreditarias iure ciuili et sub conceptu vniuersali et postea per possessionem occupando adquirere res in indiuiduo et iure naturali ibi videas. sed adhuc in hoc casu quo res in indiuiduo fiant hęredis, hęreditas manet: Dices non posse manere si omnes res hęreditarię tales esse desierint; et desinere hęreditarias esse post quę sunt hęredis maxime si ab eo sin alienatę. quo casu non posset permanere hęreditas, quia esset sine rebus. Respondeo hęreditatē a rebus distingui vt constat et d. l. 1. §. 1. D. de diuis. rer. et ideo posse existere sine rebus, siue quia ipsę sunt adquisitę hęredi, siue quia ab eo fuerint alienatę: neque obstat q̄d supra diximus ex n. 12. hęreditatem non esse q̄do nil est in quod succedat hęres. quia sententia ibi propugnata duntaxat procedit de hęreditate in qua nil est in quod succedat hęres; atamē si aliquid fuerit hęreditas datur etiam si post aditionem euanuerit illud ipsū in quod succedita, vt in hęreditate damnosa cuius res exhauriunt creditores, quę etiam est hęreditas postquam nihil penes hęredem remanserit. sed dices postquam nihil est hęreditarium, nil est hęreditatis quia est ius in corpore exemplo vsusfructus quo sublato et ipsum ius tolli necesse est. Respondeo hęreditatem esse ius in res hęreditarias quęsitum hęredi per aditionem, quod ius non subsistit nisi tempore aditionis aliquid extet in quod succedatr, attamen postquę hoc ius succedendi deductum sit in actum successionis illud ius existere sine corporibus aut rebus hęreditarijs. neque obstat exemplum vsusfructus ac hęreditas, vsusfructus ~~ac hęreditas~~ et similia iura semper exigunt corpus ad

sui constitutionem (constituitur vt dixi per aditionem) magis assimilatur hæreditas obligationis iuri cui etiam comparatur in d. l. 1. §. 1. de diuis. rer. et §. 2. de reb. corpor. et incorpor. obligationes enim exigunt plura ad sui constitutionem, quæ postquam sunt constitutæ et perfectæ non exigunt. vg. de substantia obligationis est consensus et tamen semel constituta obligatione ex consensu subsistit etiã si consensus deficiat = Rursus respondeo post aditionem (occupatione scilicet sequta quo ad res corporales) bona seu res defuncti fiunt patrimonium hæredis, et cum eius bonis confunduntur: ergo potest manere hoc ius hæreditatis, seu potest conseruari in patrimonio hæredis mixto et confuso cum patrimonio defuncti, quare non verificatur deficere corpus seu materiam successionis optimus textus in §. si duorum materiæ 27. cum sequenti inst. de rer. diuis. vbi interpretes et hæc est tutior et verior solutio: ex qua constat quid dicendum sit in hæreditate vendita: neque obstat si dixeris hinc deduci quod si hæres bona defuncti consumpserit, et nihil suum habeat, tunc non sit hæres, neque obstat si dixeris hinc deduci quod si hæres bona defuncti consumpserit et nihil suum habeat, tunc non sit hæres neque hæreditas vt pote quia nulla materia hæreditatis datur. Respondeo tunc esse hæredem in habitu, et potentia, quatenus ius habet ad percipiendum quidquid cognouerit expectauisse ad defunctum, et quatenus adhuc creditores defuncti possunt eũ conuenire ex hac doctrina infertur non obst. l. 1. §. 6. de separat. quæ sic induci potest iniquæ posset. ibi vt perinde testatoris bona venirent ac si hæreditas adita non fuisset: ergo quia si hæreditas adita fuisset non dicerentur bona testatoris: Respondeo non illud deduci a contrario sensu, sed hoc si hæreditas addita fuisset non perinde testatoris bona venirent; quia venirent vt confusa, et sine separatione si hæreditas haberetur vt adita ex quo infertur bona confusa adhuc esse et dici testatoris: sed obstat quod quando post aditam hæreditatem bona distrahuntur ad soluendum creditoribus defuncti; non defuncti bona, sed bona hæredis dicuntur distrahi. §. 1. inst. de hæred. qualit. §. 1. ff. ex caus. manum. Respondeo bona adquiri hæredi non tamen aliter

quam sub qualitate hæredis idest successoris repræsentantis
defunctum ut proinde ipsius quasi nomine iura habeat hæres
quin desinant esse defuncti. Venduntur tamen nomine hæredis
quia ipse est actu dominus et ne in iuria defunctus afficiatur.
sed non negatur bona aliquomodo esse testatoris tot. tit. de separ.
similiter ex hoc deducitur non obstare quod per aditionem iura
et actiones confundantur; nam ex hoc non sequitur quod saltim confusse et pro indiuiso non detur materia hæreditatis.
neque obstat quod obijcitur de persona ficta hæreditatis,
quam dicunt post aditionem euanescere, ut proinde ex tunc
non possit esse hæreditas, quia sine illa fictione non datur.
non obstant hæc: nam talem personam negamus et sine
fictione aliqua iura defuncti conseruari tuemur ut in
capitibus sequentibus patefiet =



An hæreditas sit à iure gentium inducta.

CAP. II.

Hæreditatem, seu ius testandi, relinquendi que hæreditatem esse iuris gentium contra plures quos referunt tenent D. Covarr. lib. 3. var. cap. 6. n. 7. Pichardus in rubr. inst. de ttis n. 7. et in tit. D. de adq. hær. cap. 3. P. Molina de iust. et iur. disp. 124. in fine alter Molina de Primog. l. 1. cap. 2. n. 6. Gregorius Lopez in g. 3 glos. 2. tit. 13. partit. 6. Benedictus Pinelus qui late hanc sententiam tuetur et plures pro ea refert lib. 2. select. q. 10. per tot. Antunez de donat. p. 3. q. 16. ex n. 20. Vbesemb. in tit. D. de ttis n. 8. et ibi Bachov. in notis. Mozincius de tto valido et invalido tit. 1. q. 5. n. 10. Moxita in summa succes. p. 4. q. 1. art. 1. Treutt. select. vol. 2. disp. 10. th. 1. littera B. ubi iterum Bachovius, quæ sententia vera est et pluximis validissimis que fundamentis comprobata: non tamen admitimus vulgarem modum explicandi hanc sententiam: vulgo traditur (inquit Bachov. d. th. 1. litt. B.) testamentum origine iuris gentium, sed forma iuris civilis esse: hæc enim sententia præfatam limitationem non potest admitere quia, ut ibi subtiliter et solide advertit Bachov. testamentum sine forma nuquam potuit subsistere ut proinde necessario fateri debeant, qui originem tti iuri gentium tribuunt etiam à iure gentium testamentus formam habuisse, licet rudiorem formam ex illo iure haberet ttum et illam ius civile exactius perfecerit: quare sit nostra sententia [testamentum, et hæreditatem tam origine, quam forma iuris gentium esse eandemque formam nunc habere ac in origine habuerit licet in aliquibus adminiculis fuerit ea aliquatenus immutata.]

Varia D.D. placita in hac quæste.

Auth. opinio.

2 Probatur nostra asertio 1º quia ante quam constet de lege concedente ius testandi, illud in usu fuit ut patet ex 25. Genesis ubi Abraham dicitur dedisse Isac filio suo cuncta quæ possidebat; et filijs concubinarum munera, quod est relinquere hæreditatem, et legata. similiter Isac ut constat ex cap. 27. Genesis relinquit hæreditatem cum beneditione Iacob filio suo, et quatenus attinet ad hæreditatem ab intestato ex Deo

Primus fundamentum.

statuta legibus constat ex cap. 27. num. ubi lex successioni ab intestato à Deo statuta legitur. quem locum optime inducit Prado ad probandum successionem hæreditatis ui sine fictione et ante legem duodecim tabularum fuisse; ut proinde possit subsistere absque aliqua legis ciuilis confirmatione ut late Prado in leg. cum hæredes 23. de acq. possess. ex n. 114. ipse enim in d. leg. n. 228. hoc idem probat ex D. Paulo dicente testamento Christi Domini morte fuisse confirmatum sicut testamenta cæterorum iuncto quod impium foret credere testamentum Christi lege confirmatum. ita Prado nemine relato sed ante illum Joann. F. C. in tract. de executorib. ult. volunt. tit. 2. n. 13. usus est eodem argumento quo facit textus in cap. iuris gentium 1. distinct. ubi dicitur legatorum ius esse iuris gentium: ergo idque de hæreditate dicendum erit.

2.um fundamentum 3

Secundo probatur quia relicta in testamento naturali iure debentur. leg. 1. C. de sacros. eccles. leg. fin. C. ad leg. falcid. et ideo principes nequeunt infirmare testamenta leg. si testamentum. C. de testam. ut verior tenet opinio quam late post D. Couarruv. defendit Molina de primog. lib. 1. cap. 8. et lib. 3. cap. 3. Richardus d. cap. 3. n. 6. et seq. Antunez videndus lib. 2. de donat. cap. 11. ex n. 64. ubi optime eam sententiam distinguit: facit quod dicitur in §. 25. de legat. iuncto quod legatum incertis personis relictum quamuis iure ciuili inutile sit, si soluatur repeti non poterat. si ergo iure naturali et gentium non deberentur hæc legata possent utique repeti. arg. leg. 12. et pasim tot. tit. de condict. indeb. cum ergo sit iuris gentium non potest testamentum in totum tolli, nec sine causa iusta pro parte, seu quo ad aliquas personas; ut optime Antunez d. cap. 11. ex n. 65. merito Cardin. de Luca de fideicommis. contrarium suadet ut indubitabile id probans n. 36. ex eo quod apud varias gentes testandi facultas prohibita fuerit ut erudite probat. sed male ex eo infertur testandi facultatem esse iuris gentium, sicut neque ex eo quod apud aliquas gentes permissum fuerit furtum non infertur eius prohibitionem non esse iuris gentium. neque obstat §. 1. inst. de iure nat. gent. ibi apud omnes per æque custoditur quia ea verba (quæ desumpta sunt ex leg. 9. D. eod. in fine) intelliguntur quasi hiperbolice dicta per figuram auxesis apud nostros vitatam. leg. 1. de ofic. eius. leg. si constant solut. matr. ut docet Alciat. de hac figura loquens lib. 4. de V. S.

et latius exornat D. Amaya lib. 2. obs. cap. 3. ex n. 23. quod
quidq commune argumentum fulciri potest hoc modo: si
potestas testandi a iure civili proveniret testamentum,
quod iure civili non valeret, esset omnino inutile et nullius;
deficiente nimirum illa confirmatione sine qua dicunt
adversarij haereditatem non posse relinqui: sed et si testa-
mentum de iure civili deficiat, adhuc potest valere iure praeto-
rio: ergo quia potest subsistere sine confirmatione iuris civilis:
minor probatur nam in leg. 30. de lib. et posth. dicitur patrem
non posse praeterire filium, itaque ius civile non aprobat
testamentum in quo filius est praeteritus, sed hoc testamentum non est
inutile aut nullum, nam valet de iure praetorio. leg. 12. in
princ. leg. 17. de inoff. test. Respondebis fortasse tale testamentum
sustineri propter aprobationem, aut confirmationem praetorij
iuris: Attamen haec evasio non enervat vim argumenti: quia
testamentum quod de iure civili est nullum veluti factum ab eo qui
potestatem testandi non habebat non confirmatur a iure praetorio
ut expresse probat. leg. 19. ff. qui testam. facere possunt: at qui
dicit testamentum sine iuris civilis aprobatione quod subsistit de iure
praetorio: ergo quia deficiente aprobatione, aut confirmatione
iuris civilis; non ideo deficit potestas testandi - hoc idem
confirmo eas sequenti argumento: quilibet potest paciscendo
amittere beneficium sibi a iure civili concessum. leg. pen. C. de
pact., sed nullo pacto potest quis paciscendo amittere faculta-
tem testandi. leg. 15. C. de pact. leg. fin. C. de suis et legitim. haer.
leg. 61. de V. O. ergo facultas testandi non provenit a iure civili
quoad substantiam suo huic argumento respondere Thuriy ad
Ireutt. Vol. 2. disp. 10. q. 2. sed an satisfaciat eius solutio videas.

4 **P**ro contraria tamen sententia haec adduci possunt quibus breviter satisfaciam. 1° objicitur princip. inst. de testam. ubi Iustinianus referre promittit omnia quae antiquitas circa testamenta observabat, ut constat ex illis verbis: sed ut nihil anti-quitatis penitus ignoretur: iuncto quod in § 1. dicitur: praedicta nomina testamentorum (de quibus in d. § egerat) ad ius civile relata fuisse: ergo quia nulla testamenti species, quae ad ius gentium refertur: Resp. Iustinianum non loqui de origine testamenti neque de facultate testandi qua homines ante ius civile utebantur — Contrariae sent. satisfit oppositis.

sed dumtaxat loqui de forma aut modo quo testamenta fierent: et hoc probatur ex rubrica quae est de tt.is ordinandis, seu de forma accidentali testamentorum, et ideo ad formam spectant omnia antiquitatis quae se relaturum promittit Imperator. probatur insuper ex d. §. sed praedicta. t. ibi: postea vero ex edicto praetoris formula faciendorum ttorum introducta est. ergo quod antea dixerat de nominibus aut speciebus ttorum accipiendum est prout altinet et ad formam spectat: maxime quia verba: formalia sunt implicativa ut constat ex aut. qui semel C. quomodo et quando eodem sensu loquitur Justinianus in §. sed cum paulatim sequenti ubi ius testamentorum tripartitum esse dicit partim ex iure civili, partim ex constitutionibus Principum, partim ex iure praetorio; nulla facta mentione iuris gentium: ex quo inferunt adversarij ius testandi non esse iuris gentium: sed resp.r Justinianum loqui de forma accidentali testamentorum quam dicit fuisse collectam ex illo tripici iure et quod loquatur in hoc §. de forma ordinandi tt.a constat ex supra dictis, et ex eo quod ibi agitur de solemnitatibus t.i ergo ipsae sunt quae dicuntur collectae ex illo triplici iure.

Arg.o ex l. 2. cum seq. D. de Iust. et Iur. 5 Objicitur q.d cum in l. 2. cum seq. ff. de iust. et iur. iuris gentium inventa referantur, nulla fiat mentio testamenti: ergo quia iuris gentium non est. Resp.r in d. tit. non omnia quae iuris gentium sunt relata fuisse, nec referri facile potuisse cum pene innumerabilia dicantur a Justiniano in §. ius autem gentium inst. de iur. natur. ibi et alij innumerabiles. Pinell. d.o cap. lo. n. 22. ubi aliquas res quae iuris gentium sunt refert, quae omissae sunt in tit. ff. de iust. et iur.=

Arg.o ex Auth. De nupt. cap. 2 n. 22. 6 Objicitur q.d in auth. de nupt. nov. 22. cap. 2. in pr. ubi lex 12. tab. quae facultatem testandi concessit antiquissima appellatur: ut proinde ante illam aliud ius testandi non possit concedi siquidem antiquissima nihil prius ~~[illegible]~~ est. sed resp.r superlativum in d. nov. absolute positum esse respectu aliarum legum Romanorum cum quib. ll. 12. tabularum ibi comparatur et quorum respectum hae dicuntur antiquissimae: sed quamvis hoc non esset ita verum

nihil ex d. textu nihil ex illo textu adversus nostrg conclusiong
deduci posset nam lex 12. tabularu n. dedit hc. facultatg testādi
quasi de novo statuens et instituens quod antea n. esset; sed
eam dedit aprobans id quod iure gentium cuique competebat, ut
statim dicemus.

7 Objicit l. verb. legis 120. de V. S. ubi facultas [illegible] tribu- Arg. ex lg. 120. de V.S.
[illegible] dicitur a l. 12. tabularum. lg. 1. de testam. tut. ubi hoc dicitur
permissu iunct. rubr. et pr. inst. quib. n. est permissu fac. test.
Resp. ex Pinello n. 23. lg. 12. tabularum non potestas simpli-
citer testandi sed aliq. amplius tributa fuisse: atamg hc solu-
tio, minus quam aliq subsistere potest siquidg quoad [illegible]-
tio, minus quam alig sublistere potest siquidg quoad [illegible]
sione et facultate magis aut saltim eque amplam facul-
tatem habebant homines de iure gentium, quam ex lg. 12. tab.
De inde quia hc solutio infringitur ex d. tit. inst. quib. non
est permissu: et ideo respondere oportet. d. lg. 120. de V. S. loqui
de potestate testandi qug tribuit. lg. 12. tab. ideo et quatenus
eam aprobavit et observari iussit. qug solutio expresse fundatur
in lg. lege obenire 130. de V. S. ibi quia lege 12. tabul. testame-
taria hereditates confirmantur. dicitur in d. lg. 120. data
hc facultas quia confirmata: eodem modo int[illegible] dat
d. lg. 1. de test. tut. nam quod ibi dicitur per [illegible] lg. 12.
tabul. dicitur ab ead. lege confirmatg in lg. 20. ff. eod. quo facit
S. fin. inst. de testam. et ita explicanda erit. lg. 18. de cond. et
dem. [illegible] quot quot similia verba continent.

8 Ex his disolvi potest objectio qug oritur ex S. pno. autem Arg. ex S. 2. int. de bonor. posses.
2. inst. de bonor. possess. ibi: per leges autem vel similes constitu-
tiones heredes fiunt: ex quo textu Reinaldus Corsius lib. 3.
Indagat. iuris cap. 1. probat non potuisse pretorem facere hered.
quia non poterat facere legem sine qua heres non fit. Res- Solutio.
pondetur tamg heredg per leges aut similes constitutiones fieri,
quatenus leges confirmant in hac parte ius gentium seu faculta-
tem cuique [illegible], hec enim confirmatio iuris ex-
tendit ut dispositiones ultimg liceantur; [illegible] nemini liceat eas
non adimplere: nam quguis quilibet teneretur de iure gentium
ad adimplendum test. non tamg cogeretur seu adstringeretur per
iudices nisi ita provisum fuisset a legislatore. sicut nemo [illegible]

De iure Romanorum ad adimplendum q. nudo pacto promisit quisquis iure naali et gentium sit obligatus. lg. 1. in prin. de pact. lg. 7. in prin. eod. ratio autem cur praetor n. possit facere heredem est quia ipse nequit iure gentium directe iure quia hoc esset fungi legislatoris officio sed duntaxat indirecte, et quoad aliquos effectus ideo tribuit bonorum possessionem quae in effectu est hereditas. lg. 2. de bonor. posess. lg. 138. de V. S. d. §. 2. inst. de bonor. possess. et ita praetor tuetur pacta nuda d. lg. 7. de pactis §. 7. sed ea tuetur exceptionem tribuens, ut ibi notat Gothofr. ex hac ratione in §. 1. inst. de fideicom. hered. dicitur: Fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: usque quo statutum fuit ut heredes adstringerentur ad adimplendum voluntatem testatorum: et ideo fideicommissa dicta fuisse quia nullo vinculo iuris sed tantum pudore adstringebantur heredes: quae n. indicant fideicommissa ante vinculum iuris civilis (de quo intelligendus est tex.) non habuisse vim de iure gentium sed duntaxat ea non habuisse vim de iure civili; alioquin non diceret Iustinianus, et infirma fuisse; sed diceret nulla esse. praeterea dum assignat rationem ob quam infirma erant diceret esse defectum iuris testandi ut pote non concessi per ll. sed non reddit rationem propter defectum potestatis testandi, aut fideicommittendi, sed quia deficiente iuris remedio [illegible] pudore, seu conscientia adstringebantur heredes, quo facit communis sententia quae asserit omnes actiones iuris civilis esse, quia ius gentium n. alio quam obligationis vinculo [illegible] strinxit homines de qua p. agit Gregor. Lopez l. animadu. 10. cuius conciliationem reiicit Balbon. ad Scaevol. vol. 1. th. 4. n. 2.

2 Sed [illegible] [illegible] q. illud [illegible] [illegible] iuris civilis [illegible] [illegible] [illegible], [illegible] [illegible] est a iure civili; lg. 6. de iust. et iur.: quod confirmatur [illegible] q. stipulatio dicitur iuris civilis lg. 17. §. item si D. solut. matr. lg. [illegible] quae §. de acq. rer. dom. ut probat Valentia lib. 2. tract. 2. cap. [illegible] n. 16. et 17. quamvis ut pote conventio est ea sit a iure gentium inducta. lg. 1. de pactis: ergo idem de iure testandi dicendum est. huic argumento respondet acute Pinell. n. 46. tunc [illegible] quid di[illegible] iuris civilis qu

Proced. arg. instancia ex lg. 6. de Iust. et Iur.

Solutio Pinelli.

illud à iure ciuili denuo efformatum est ut accidit in stipulatione quam de novo constituit ius ciuile addendo et detrahendo iuri gentium: nam dum ius ciuile addit et detrahit conuentioni in genere sumptæ; ita ut constituat in indiuiduo nouæ speciei conuentionis tunc illa noua species iuris ciuilis est quod non euenire in testandi facultate contendit Pinellus quia idque tantum eadem que testandi facultas mansit postquam à iure ciuili fuit qualificata: hæc ille, quod potest comprobari exemplo ... rum contractuum qui iuris gentium ... à iure ciuili additum detractumque fuerit. ut notat Bachov. ... Nec obstat huic solutioni quod conuentio siue solemnibus verbis facta, siue ea quæ ita non fit, quæque in stipulatione continetur est de iure gentium sicut facultas testandi: ut pro inde ius ciuile non plus addidisse videatur conuentioni quam testandi facultati, nam sicut constituit ius ciuile ut pactum aut conuentio in genere sumpta produceret actionem si certo modo conciperetur, sic similiter constituit ut illa generica potestas testandi vim haberet et à iudice adimpleri iuberetur si talem potestatem exercuissent homines iuxta modum iure ciuili præscriptum: quod idem circa testamentum ac circa stipulationem ius ciuile statuit; cum utraque certo modo certisque circumstantiis in indiuiduo constituerit.

10 Quare aliter respondendum existimo: sed prius permittere libet assumptum argumenti esse falsum quatenus contendit stipulationem quoad substantiam esse iuris ciuilis (ut bene tuetur Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 26. th. 1. lit. C. ubi argumentis contrariorum satisfacit) nam stipulatio dicitur iuris ciuilis præcise quatenus accidentalem formam actionem que ab eo accepit. sicut mutuum quod ex chirographo constat dicitur obligatio litterarum cum in rei veritate literæ non inducant obligationem, sed duntaxat probent eam fuisse inductam alias etiam mutuum quod per testes probatur posset dici inductum per testes, seu testes inducere obligationem. Vide hanc quæstionem pro dignitate elaboratam apud Bachov. ad Treutl. Vol. 1. disp. 20. th. 2. lit. B. verum enim est, quod postquam ius ciuile statuit formam accidentale | Alia Auctoris Solutio

pacti efficere dicitur contractum verborum et eo respectu: Sic contractus dicitur iuris ciuilis iuxta d. lg. 6. D. de iust. et iur. sed ex hoc non sequitur stipulationem quoad substantiam esse iuris gentium: nam illa forma accidentalis non tollit substantiam conuentionis: verum est quod obligatio ex stipulatione orta dicitur iuris ciuilis et adquisitum ex ~~stipulatione~~ stipulatione, iure ciuili adquisitum dicitur. lg. 53. de adq. rer. dom. lg. 17. §. item si solut. matr. sed hoc iam diximus quo respectu procedat, procedit enim iuxta d. lg. 6. de iust. et iur. vbi dicitur ius ciuile fieri cum aliquid additur, aut detrahitur iuri communi: vbi notandum est quod vt addi, et detrahi dicatur necesse est vt illa res cui additur aut detrahitur existat tanquam subiectum cui additur, aut detrahitur ~~[illegible]~~. sed dices stipulationem neque quoad substantiam esse iuris gentium quia naturalem obligationem non producit vt fuse probat Valentia lib. 2. tract. 3. cap. 1. ex n. 16. et rursus cap. 2. ex lg. 14. de nouat. iuncto quod deportatus capax est eorum quae sunt iuris gentium. lg. 17. de poenis ex lg. 30. §. 1. de pactis iuncto quod nouatio sine stipulatione non fiat. et ex lg. 32. §. seruus de recept. lg. 20. de fideiuss. iuncto quod serui capaces sunt iuris naturalis cum alijs pluribus fundamentis, sed his et alijs huius farinae responderi potest. quod licet serui, et aliae personae iure naturali obligentur, si tamen ius ciuile non aprobat hanc obligationem, eam pro nulla haberi, et reputari ac si non esset obligatio naturalis, imo dici non esse obligationem naturalem quatenus penitus destituta est omnibus illis qualitatibus quae dantur in alijs obligationibus naturalibus a iure agnitis seu receptis, vti fit in obligatione pupilli hic enim etiam si non fuerit factus locupletior naturaliter obligatur. lg. 1. de nouat. in fin. lg. 21. ad lg. falc. in princ. lg. 25. §. 1. quando dies legat. ced. lg. 127. de V. O. et alibi dicitur naturaliter non obligari quia talis obligatio effectum non habet. §. 3. inst. quib. mod. tollitur oblig. lg. 41. de cond. indeb. lg. 59. de oblig. et act. Bachov. ad Treutl. vol. 1.

disp. 6. th. 5. litt. B. sic similiter mulier, quæ naturaliter obligata repetit solutum. lg. 40. de cond. indeb. quia talis obligatio à iure infirmatur. lg. 16. ad S.C. Veleian.=

11 Eodem modo de facultate testandi dicendum erit: est enim iuris gentium et similiter testamentum omnisque ultima dispositio de iure gentium subsistit, et iuris gentium quoad substantiam dicitur, quamvis possit alio respectu dici iuris civilis addentis, et detrahentis quod quidem potest facere ius civile ex iusta causa etiam in quæ sunt iuris naturalis quamvis non in omnibus; sed in illis duntaxat quæ sunt iuris naturalis permissive de quo Zoesius ad D. in tit. de iust. et iure n. eodem modo actiones et exceptiones quæ sunt iuris gentium ut tuetur late et recte Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 26. th. 1. lit. A. dicuntur iuris civilis propter confirmationem et aprobationem iuris civilis. ex quibus infertur quod testamentum dispositioque facta sine requisita solemnitate nullam vim de iure civili habere possit (an vero in foro conscientiæ vim habeat alterius est loci) nam omnia quæ sunt iuris naturalis quatenus obligant in foro externo quatenus ius civile ea aliquomodo confirmat. siquidem et si mihi debeatur ex iustissima causa non possum debitorem propria auctoritate compellere ad solutionem cum nemini sibi ipsi ius dicere liceat: necesse est ergo ut adeam magistratum, aut aliam personam auctoritate publica fungentem: sed cum hic non possit iudicare ultra sibi mandatam iurisdictionem, inde fit quod si nulla lege cautum inveniatur ut talis obligatio adimpleri debeat, ea duntaxat in scientia debitorem adstringat. et ideo quia fideicommissa primis temporibus à iure civili non confirmabantur pendebant ut dicitur in princ. inst. de fideicom. hær. sed ipse naturaliter solvere tenebatur nam Iustinianus ibidem perfidiam appellat non adimplere defunctorum voluntates. sed de hac quæstione infra latius. Denique pro complemento huius solutionis notare oportet: nobis non officere quod testamentum absolute et proprie, hodie ut innobatum à iure civili dicatur eiusdem iuris esse sicut argumentum

intendit: nam ex hoc infertur ttum non fuisse ante ius ciuile, neque infertur illud ante ius ciuile et sine huiusmodi iuris confirmatione non fuisse validum: quod nobis ad propositum sufficit, vt postea dicemus. facit enim hoc argumentum ad questionem de voce an videlicet ttum iuris ciuilis, gentiumve dici debeat. non tamen probat illud sine iure ciuili et ante hoc ius firmum non fuisse. hinc explicatur cap. vlt. 1. distinct. vbi hereditas iuris quiritum dicitur nam hoc verum est quatenus iuris ciuilis dicitur quidquid ab eo receptum, aut qualificatum est, quod patet quia etiam in d. cap. contractus eiusdem iuris dicuntur et si constet eos quod ad subtilitatem substantialem que formam esse iuris gentium. Pinellus d. cap. n. 18.=

12 Ex his infertur solutio alterius argumenti quod sic inducunt aduersarii deportati retinent que sunt iuris gentium. leg. vlt. de penis, sed non retinent ius testandi. leg. eius 8. §. 1. et 2. ff. qui tt.a fac. pos. ergo quando illud non est iuris gentium. huic argumento late respondet Pinell. d. cap. ex n. 25. cui tamen ambagibus omissis respondeo ius ciuile posse ex iusta causa iuri gentium derogare vt in vsucapione aufert dominium quod saltim iuris gentium est. leg. 5. de iust. et iur. vt quando interdicit matrimonium inter tutorem et pupillas vt tot. tit. de interdict. matri. cod. lib. 5. tit. 6. quod iuris naturalis est. leg. 1. §. 3. de iust. et iur. abstulit enim ius tti. factionem a certis personis inter quos et relegati sunt et qui carmen famosum composuerint. d. leg. 8. leg. 18. §. 1. qui tt.a fac. poss. neque obstat quod tales persone sint capaces iuris gentium. d. leg. vlt. de penis: sunt etenim in omnibus illis in quibus ius nihil prohibuit; possunt enim alia iuris gentium facere in quibus nulla prohibitio adfuerit: sicut patet in tutore qui potest exequi actus iuris gentium et ciuilis quamuis ei interdictum sit matrimonium in pupilla. Ratio est quia ex eo quod aliqua res interdicta sit non infertur omnes actus ex eodem iure prouenientes prohiberi

maxime q.do alterius sunt speciei aut generis: utuntur deportati iure gentium, sed non libere neque in quo ad ea quæ sunt excepta aut potius interdicta qualis est tt.i factio respectu eorum: nec mirum nam bona etiam post deportatione quæsita pertinent ad fiscum. lg. 2. C. de bonis proscriptorum. lg. 15. cum seq. de interd. et releg. et ideo si ius fisci euaderent, et ad aliam rempublicam se conferent iure testandi uti possent: ideoque sunt capaces tt.i factionis passiuæ si a milite instituantur. lg. id est 13. §. et deportati 2. de tt.o militis. quam uis tt.i factio passiua sit iuris gentium ut bene pro nostra sententia arguit ex d. lg. 13. §. 2. Pinel. eod. cap. 10. ex n. 16. ex his prouenit ideo peregrinos non posse capere ex tt.o lg. 9. C. de hæred. inst. quamvis tt.i factio passiua sit iuris gentium, nam hoc ideo procedit q.a ut dixi potuit ius ciuile addere aut detrahere iuri gentium.

13 **O**bijcitur l. 3. ff. qui tt.a fac. posunt. ubi tt.i factio publici iuris dicitur iuncto q.d ius publicum est illud q.d ad statum rei romanæ spectat. §. ult. inst. de iust. et iur. sed respondetur tt.m non posse dici iuris publici eo sensu quo ius publicum accipitur in d. §. ult. et in lg. 1. §. 2. ff. de iust. quia neque in sacris sacerdotibus, aut magistratibus consistit: dici tamen iuris publici quatenus publicitus receptum est: opponitur tt.i factio iuri priuato, non quatenus ius priuatum dicitur (oppositiue ad ius uere publicum) collectum ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus. d. lg. 1. §. 2. sed præcise quatenus ius priuatum summitur pro iure cuilibet priuatim, et ut priuatæ personæ competens nam tt.i factio ita est publice recepta ut non competat cuilibet priuatæ personæ pro arbitrio suo sed iuxta modum et formam publice præscripta. ita Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 1. lit. C. post Textum. Itaut. de iur. liber. cap. 30. posset tamen (licet hi resistant) admitti sent.a Reuardi §. var. 12. tt.i factionem eo respectu dici iuris publice quod tt.a olim n.n nisi apud populum calatis comitijs fiebant. §. 1. inst. de tt.is ordin. ubi interp. quo casu ab ipso populo confirmabantur quo facit doctrina | Obt. lg. 3. ff. qui tt.a fac. pos.

D. Oroz lib. 5. cap. 5. vbi ideo filijsfam.[s] asserit denegatã fuisse facultatem testandi. dices: sed hoc admisso adhuc testamenti factio nequit dici iuris publici quia neque ad sacra, sacerdotes aut magistratus pertinebat iuxta d. lg. 1. §. 2. de iust. et iur. sed respondetur: ius publicũ latius se extendere quã ad sacra sacerdotes et magistratus, quia hęc exempli gratia referuntur in d. lg. 1. vt colligitur ex d. §. 1. vbi definitur ius publicũ quod ad statum rei romanę spectat, et priuatũ qd ad singulorum vtilitatẽ; igitur sicut priuatũ est qd ad singulorũ vtilitatem, id est quod ad singulos vt singulos pertinet; ita publicum accipiendum est de omni iure quod ad vniuersum populũ spectat, et eo sensu accipienda sunt illa verba qd ad statũ rei romanę spectat. aliter Vinell. n. 11.=

14 Alia obstancia ab argum.[o] ttt.[i] Patris filiũ exheredantis. Parum obstat qd. obijciatur de tt.[o] patris in quo extraneus instituitur omisso, aut exhęredato filio; quam dispositionẽ dicut non posse dici de iure gentium cum ex ea extraneus vt [illegible] cum [illegible] filij qui dominus viuo patre existimatur, vt probatur ex lg. nam hoc 11. de condit. indeb. iuncta lg. in suis ff. de lib. et posth. cui difficultati respondetur 1.[o] ex tali argumento dũtaxat concludi ad ttũ in tali specie non vero ad illud absolute, aut in alijs speciebus, quare ex eo solũ contemni deberet. 2.[o] resp.[r]: filium non esse proprie dominũ sed dũtaxat in spe: neque si foret proprie dominus sufficeret ad hoc vt ttũ patris esset protinus iniustum nam quilibet potest priuari dominio rerum ex iusta causa vt in vsucapione fit. quare cum ius ciuile dumtaxat aprobet ttũ in quo filius ex iusta causa fuerit exhęredatus vt tot. tit. de lib. et posth. et inst. de exhęred. lib. et nov. 115. cap. 3. fatendum erit, ius testandi neque vt receptum a Romanis discedere a iure gentium.

15 Obst. ex §. fin. inst. de vsu, et habitat.[e] Obijciatur §. fin. de vsu, et habit. ibi: modo videamus quibus (modis) legitimo et ciuili iure adquiruntur: iuncto quod Iustinianus ex d. §. agit de vsucap. et tt.[o] ex quibus infertur ttũ esse iuris ciuilis quia Iustinianus ex d. §. se acturum promittit

de modis adquirendi iure civili: quod et fecisse constat quia agit statim de usucapione: ergo cum paulo post agat de testamentis inferbur testamentum esse iuris civilis. Pinell. d. cap. n. 45. in summa respondet Iustinianum ex d. §. in posterum agere ut promittit in d. §. fin. de modis adquirendi iure civili non quasi omnes sint a iure civili inventi, sed quatenus tales sunt efecti per aprobationem aut modificationem iuris civilis ut non nisi cives Romani per eos adquirere possint: Vereor tamen ne hec solutio sit falsa. et contra mentem Iustiniani, nam si servitutes de quibus iam egerat sunt modificatæ a iure civili ita taliter ut solum spectent (vel magis quam alij modi adquirendi de quibus in sequentibus titulis agitur) ad cives romanos ut verum est: nam usufructus amittitur capitis diminutione. §. finitur inst. de usufr. lege 1. ff. quib. mod. usufr. amit. lege 28. eod. maxime quia ad legatum servitutis exigitur, ut legatarius sit cives Romanus. lege 5. de servit. lege iuncto quod ea que hanc qualitatem non exigunt possunt legari servo non inspecta capacitate domini veluti si servo legentur alimenta. lege 17. de alim. leg.= (Solutio Pinelli

16 Quare tertius respondendum fore existimo: Iustinianum egisse de rer. diviss. 1. tit. lib. 2. et simul de earum adquisit. in tit. 2. egisse de rebus corporalibus et incorporalibus et relictis rebus corporalibus cepisse agere de incorporalibus in d. tit. 2. enumeratis, ut fecit tit. 3. 4. et 5. et ideo cum meminisset in fine d. tituli §. de alijs speciebus rerum incorporalium et ordinem propositum in d. tit. 2. exporceret ut inmediate de testamentis et obligationibus ageret, ideo ait se hoc facturum postea suis locis: id est in loco in quo oportunè possent collocari: non poterat tunc agere de hereditatibus aut testamentis quia non solum agebat de divisione rerum, sed etiam de earum adquisitione, et primum volebat agere de adquisitione singularum rerum seu de modis quibus res singulæ adquiruntur, et postea docere modos quibus per universitatem adquiritur, ut constat ex §. fin. inst. per quas personas, cum ergo testamentum sit causa adquirendi universitatem ideo noluit de eo agere post servitutes: his suppositis respondeo illa verba d. §. fin. de usu et habit. ex verbo exposuimus: Ubi | Autoris solutio.

promittit Justin.[us] se imposterum acturum de modis quibus legitimo et civili modo res adquirantur; pertinere dumtaxat ad tit. de usucap. et tres sequentes. non tamen ad titulum de tr.[adi]t.[ionibus] neque ad sequentes. ratio est quia verba; quibus modis iure gentium: et quae sequuntur sunt accipienda de modis adquirendi in singulari ut optime probatur ex d. §. fin. per quas pers. ergo non pertinent ad haereditates, sed dices non convenire verba d. §. fin. de usu et habit. titulo de donat. quia donatio est iuris gentium: respondeo non convenire donationi simpliciter conceptae sed convenire ei propterea quia circa donationem plurima ius civile induxit: potest dici: verba modo videamus quibus §. precise restringenda ad usucapionem, nam licet unus modus videatur, multiplex aut saltim pluralis propter usucapionem, et praescriptionem ut constat ex d. tituli rubrica quae de usucapionibus, et praescriptionibus utraque in plurali concipitur. qua retenta solutione dicendum est in tit. de usucapionibus prosequi Imperatorem praecipuum scopum sui methodi; agendo scilicet de modis adquirendi in particulari non attento iure civili an gentium adquiratur.

17 Argumentum à definitione Jur. gent. Solutio Auth.[ori]s

Dices, ius gentium dicitur illud quod usu exigente, et humanis necessitatibus homines constituerunt. §. ius autem gentium inst. de iur. nat. gent. ergo cum neque usus nec necessitas detur deducitur testamenti ius a iure gentium ortum non fuisse. sed respondetur ibi non definiri ius gentium, neque originem omnigeni iuris gentium asignari: sed et si hoc fateremur nihil obstat argumentum nam necessitas usus que humanae necessitudinis et societatis expostulat, ut homines de rebus suis in ultima voluntate disponant ut latius ex cap. seq. patefiet: neque enim ea verba usu necessitas accipienda sunt ita stricte de iuribus sine quibus homines conservari non possent, nam plurima sunt iuris gentium sine quibus absolute homines vivere possent: accipienda sunt illa verba de congruentia et utilitate quasi illud dicatur usu et necessitate inductum quod necessitas congruentiae exigebat. verum est quod apud Germanos ut Tacitus refert ius testandi non fuit in usu ex quo sequitur ipsos sine eo potuisse vivere tamen non congrue poterant

non ut homines ratione præditi: exemplum est in furto quod a-
pud aliquos permissum fuit quamvis sit lege naturali prohibitum
ut alibi diximus cap. fin. n.   Verum est illos populos sine
hac prohibitione potuisse vivere; atamen ex inde male deducitur
furtum non esse contra ius gentium. constat ex §.1. de iur. natur.
ibi quasi quo iure omnes gentes & iuncto quod verbum quasi de-
notat improprietatem universalis propositionis.

18 Objici potest cap. 1. dist. 8. ubi distinctio dominiorum iuri | Vazq. ex cap. 1. dist. 8. Solvitur
civili tribuitur: quod etiam ius testandi quo dominia nostra ad alios
transferimus. Resp. hunc textum vel accipiendum de distinctione domi-
niorum a Romanis facta, vel oppositive ad conditionem in qua homo
ab initio natus est. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 3. th. 1. lit. B.
quare ibi ius civile accipiendum est de iure omnium civitatum seu popu-
lorum idest de iure gentium iuxta l. ex hoc iure 5. de iust. et iur.
ubi ex iure gentium dicuntur dominia distincta. Plus voluit Vazq-
ta in tract. de iurisdic. lib. 1. cap. 1. ubi tuetur dominia ex iure
naturali primero deducta tamquam quæ a Deo Adamo et posteris
concessa fuerint. quod probat ex Genesi cap. 1. ex illis verbis do-
minamini, et ex illis verbis ecclesiastici cap. 17. et dedit eis
potestatem eorum quæ sunt super omnem terram, et dominatus est
Bestiis et volatilibus. ex Gener. cap. 3. ibi: in sudore vultus tui
vesceris pane tuo: et ex eo quod Abel dicitur obtulisse de primo-
genitis gregis sui. Deinde id probat quia præceptum iuris natu-
ralis est suum cuique tribuere ex quo furtum iure naturali pro-
hibitum dicitur quod quia eodem iure dominium erat. ad l. 5. de iust. et
iure dominium erat. ad l. 5. de iust. et iure ubi dicitur iure gentium
dominia distincta respondet eo iure fuisse distincta non tamen in-
ducta aut constituta, nam distinctio rei supponit rem ut indistic-
ta præcessisse, posset hæc lex accipi de dominio rerum incorporalium
iuxta sententiam Arij Pinelli in rubr. C. de resc. vendit. part.
1. cap. 1. ex n. 17. qui de iure naturali duntaxat in rebus immo-
bilibus communionem admittit. vide cap. fin. n. 11. =

19 Objici potest quod successio quæ iure sanguinis ab intestato | Argum. ab arg. succes. ab intestato.

defertur provenit a iure gentiu; quare dici non potest quod sucessio ex tt.o ab eodem iure gentiu proveniet siquide incompatibiles videntur: nam filij fratres ceterique consanguinei iure gentium veniut ad successione ius testandi per quod hec successio

Solutio tollitur contra ipsum ius gentium erit. Resp.r tame ius gentium tribuere facultate testandi primo et principaliter, et in defectum testamenti tribuere hereditate consanguineis iure sanguinis quare hec duo mutuo se non evertunt ut ait Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 1. lit. B. nam cum bona defunctoru ab intestato decedentium pertineant ad filios et proximos cognatos ex voto et sententia ipsoru defunctoru et quide n.o ex voto, voluntateque expressa, sed ex tacita et conieduxata ipsoru mente, inde fit, ut non aliter deferatur successio ab intestato que in defectum successionis ex tt.o et ideo utraque successio compatibilis est tanque ex eadem causa, ex voluntate scilicet, defuncti provenies Bachov. d. vol. 2. disp. 16. th. 1. lit. B. q. limitat in casu quo tt.u factu est et aliqua ratione infirmatur quia tunc ex le. dit hereditatem ab intestato deferri. sed hec limitatio suspecta mihi est; ne existimo defuncti voluntate fore ut si hereditas non perveniat, ad eum que in testamento vocavit; deferatur consanguineis; sive deficiat tt.u ex hac vel illa causa: Dices defunctu voluisse ut tt.u valeret et ideo noluisse decedere intestatu; ut proinde non videatur voluisse heredes ab intestato habere. Respondeo testatorem voluisse tt.u suu valere noluisseque ab intestato decedere, et ex hipotesi quod posset habere heredes ab intestato: attame secundario et tanquam sub conditione deffivientis tt.i voluisse habere heredes ab intestato, uti accidit in substitutione respectu institutionis, nam testator primo vult institutu succedere et eo adeunte, aut volente non vult ut succedat substitutus: vult tame ut succedat eo deffiviente ex hipotesi quod ei sit heres=

20 Potest argui hoc modo: si tt.u esset de iure gentium rumperetur ex eo solu quod testator noluerit valere, sed ex eo solu non potest infirmari tt.u quod postea testator id noluerit valere. §. 7. inst. quib. mod. tt.a infirm. ergo quia de iure gentium non est. q.d confirmatur ex le. 36. §. 3. de milit. tt.o le. 27. C. de tt.is

Resp. tt.y ut pote iuris civilis confirmatione munitũ constituendũ secũdũ eius regulas: nam etsi de iure gentiũ valeat dũmodo constet de volũtate: ius civile non aliter constare credit quã si adhibeantur solemnitates a legibus statutã, sicut conventio quã de iure gentium valet non aliter iure civili obligat quã si fuerit facta eo modo quo a iure civili confirmatur: non quia absolute non valeat sed quia cum iuris auxilio destituta sit, non potest ex ea debitor compelli ad conventionẽ servandã: ex eadem ratione tt.y iure civili munitũ non aliter infirmatũ creditur quam si constet de voluntate eo modo quo ius civile agnoscit constare: licet enim per nudã voluntatẽ quoad ius gentium rumpatur tt.y: et hoc non neget ius civile exigit tamẽ ut de hac volũtate legitime et modo praescripto constet. alias constare non credit: et ex eadẽ causa obligationes quãtũvis iure gentiũ sint certis tãtũ modis infirmãtur lg. 44. §. 1. de oblig. et act. quo facit lg. 18. de leg. 3. ibi: quod ita demũ a priore tt.o velim recedi si posterius valiturũ sit. facit quod tt.y militis nuda voluntate sit, et rumpitur. lg. 15. §. 1. lg. 34. §. fin. de tt.o militis lg. seq. et passim ratio est quia secũdũ ius gentium testatur et quia ius civile executioni mandat tt.y militis iure gentium factũ. lg. 1. et passim d. tit. et inst. de milit. tt.o in prĩo et §. 1. Diximus tt.y sine solemnitatibus, a quocũque factum fuerit validum esse de iure gentiũ iuxta probabilem sententiam de qua mox: quamvis admissa contraria: posset eque responderi dicendo ius civile posse adere aut detrahere iuri communi iuxta exigentiã publicẽ utilitatis; et ideo potuisse facere ut tt.y minus solemne n. valeret, quin ex eo inferatur tt.y n. esse iuris gentium.

21 Potest enĩ ius civile restringere ius gentium saltẽ indirecte et mediate, ut docet Gofredus in lg. ex facto 17. ad S. C. Trebell. quod probatur nam facultas testandi adeo libera est et de iure gentium ut pacto tolli non possit et ideo quãlibet conventio hanc facultatem restringens dicitur contra bonos mores. lg. 61. de V. O. ita ut neque pena debeatur ut d. lg. 61. atamẽ indirecte et mediate potest tolli per pactũ ut in lg. 132. eod. ubi promissio habendi aliquem ut filium n. infirmatur quãquis ex ea restrĩgatur

remotè et indirecte libertas testandi; siquidem necesse est ut qui tale promisit instituat vel exheredem faciat illum quem ut filium habere stipulatus fuerat. Videndi Donell. in d. lege et ibidem Duarenus.

Ultimum et præcipuum arg. 22 Restat ultimum argumentum in quo præcipuum contrariæ sententiæ præsidium extare credidit Peres lib. 1. opusc. cap. 21. n. 9. et cap. 22. in princ. quod ita procedit: testator disponit in tempus mortis; conferens dispositionem suam in tempus quo nihil suum habet: sed iuri gentium repugnat talis dispositio: ergo testamentum non est iuris gentium neque eo iure poterat subsistere hoc argumentum adstruunt ex lege æstimata 12. de iure dotium in princ. lege 5. in princ. de donat. inter vir. et uxor. lege quod sponsæ 4. C. de donat. ante nupt. in quibus dicitur non valere donationem ea lege factam sponsæ ut tunc perficiatur cum matrimonium fuerit secutum quia confertur in tempus quo initium capere non potest. Christophorus apud Jasonem in rubr. C. qui testamenta fac. poss. respondebat ius testandi competere ex gratiosa legis concessione quod plurimi tenent apud Pinelum d. cap. 10. n. 19. ipse tamen in contrariam cum aliis abijt, quamvis in fine d. n. 49. conciliare intendat has opiniones contrarias. ut quatenus attinet ad ius gentium facultas testandi ex rigore sine ulla gratiosa concessione competat: atenta tamen infirmitate, quam ius civile attendit, et cui ipsum medetur inuecta ficta persona necessario fatendum est de æquitate et gratia hominibus testari permissum esse: sed talis conciliatio penitus reijcienda est. 1º. quia non datur talis persona ficta ut suo loco dicemus. 2º. quia ea non est necessaria cum sine ea testamentus iure gentium valeret quare falso asseruit ius civile talem infirmitatem considerauisse in testamenti: nam quomodo considerauit si agnouit testamenta sine iure civili valida fuisse omni fictione defiiente. 3º. quia et si admittamus illam fictam personam ea nihil facit adhoc ut voluntas hominum disponens de rebus in tempus quo suæ sunt rata habeatur, nam si ipsa fictio inducitur post mortem et facultas testandi ipsumque testamentus ante mortem existit, nequit fieri ut facultas testamentus re per illam fictionem quæ postea inducitur subsistentiam de iure civili habeant, ut apte notat Bachov. d. disp. th. 1. lit. B. =

23 Sed huic arg.º respondetur ex Pinello n. 41. d. cap. 10. ubi ait cum Viglio voluntatē testatoris non conferri in tempus inhabile quoad substantiā actus sed quo ad executionē ita ut voluntas sit perfecta in vita q.do adhuc dominiū retinet testator q.d probat ex eo q.d in vita test.s rumpitur iniustū fit et reconualescat, q.d probat ex iuribus vulgaribus, et quamvis executio conferatur in tempus inhabile n.o inde test.s infirmandum dicit quia regula deducta ex llg. in arg. deductis procedit dūtaxat quando actus ita colatus nullū efectū operatur in tempore habili: itaque cum test.s tempore habili habeat efectus enumeratos inde fit ut d. llg. n.o obstent. hęc Pinellus. sed de hac re latius cap. seq. ubi plura ad solutionē huius argumenti trademus: pro nunc tamen respondeo: dispositionē ultimam n.o conferri in tempus inhabile. quia defuncti voluntas retinet iura sua: et sic confert dispositionē in tempus quo sua sunt: quod retineat iura sua probabimus in seq. capit. et

24 Ex hac sententia de origine iuris testandi comprobatur doctrina Gregor. Lopez in lg. 3. tit. 1. part. 6. ubi q.d princeps potest dispensare cum pupillo doli capaces ut test.s faciat: nam potest eum restituere ad ius gentium dispensans super ius ciuile ut bene notat Pinellus d. cap. n. 59. qui n. 60. recte etiā infert non posse lege fieri ut omnibus ius testandi auferatur, quia nulla potest dari ratio ita restringendi ius gentiū, ut bene probat in sequentibus: huc etiam pro coronide pertinet illa vexata quęstio: an test.s voluntas ve testatoris de quibus satis constat hęreditibus legitimis, aut testamentarijs obligent in foro conscientię: in qua plurimi utrinque probabiliter decertant, affirmatiua tamē probatur solide a Bachov. d. disp. 10. th. 5. litt. omnino videndus, negatiuā tenet D. Couarr. in cap. cum esses de test.is n. 9. et 10. ubi plures pro utraque parte refert ipsos videas, nam in rei veritate (ut supra notaui) sententia negans prędictā voluntatē in foro animę n.o obligare. non intendit ex eo probare test.s n.o esse iuris gentium: neque hoc ex illa sententia deducitur: nam fundamentū eorū qui eā sequutur in eo pręcipue consistit quod lex ciuilis iuste

potest coangustare modificare que ius gentium et ut talis debeat observari etiam in foro conscientie. et ideo D. Covarr qui eam tuetur sententiam, minime sibi contrius est, dum tenet tt.m esse iuris gentium lib. 3. var. cap. 6. n. 7. ex his etiam non obstat q.d filiusfamilias non possit facere tt.m quamvis bona habeat, nam licet tt.m provenuit a iure gentium et ex eo iure cuique competat testandi ius hoc potuit ius civile quoad aliquas personas restringere. habet enim filius ius testandi et voluntate sufficiente si pubes sit nec iuditij perturbatione laboret. sed potestas restringitur a iure civili ex causis de quibus passim DD. et latissime Prado in prescript.e hereditatis rere, seu clipeo ad tradita in l. cum herede. 23. de adq. possess. in 2.o arg.o ex n. 62. per plures =

Cardin. de Luca (qui iure gentiu testari non potuisse contendit de fideic. disc. 141. n. 28. et ex n. 36. et in summa de tt.is 51. ex n. 1.) aliqua exagitat que hinc examinare oportet. ait enim ideo fideicommissu n. posse ex contractu deberi quia facultas testandi a iure civili concessa certos modos statuerit disponendi ultra mortem cuiusmodi n. sit contractus ad idque allegat Menoch. cons. 769. et cons. 1028. ubi vere hec ratio invenitur n. 8. sed Menoch. d. rationem ut secundariam assignas d. n. 8. nihil obstat tu quia nullo iure id probat tum quia falso supponit fideicommissa non posse ex contractu deberi. posse enim deberi probat Mantica in summa success. part 1. q. 21. art. 9. per totu ubi plures refert inter quos Menoch. (sibi contrariu cons. 325. n. 3) et de magis communi magisque recepta testatur. idem pluribus ide sentientibus relatis probat Caponius t. 1. discept. 220. ex n. 2 et tom. 5. discept. 349. n. 10. et constat ex l. quoties C. de donat. que sub modo ibique donatu est alij restituatur. D. Vela disert. 47. n. 24. et et 28. Fontanella omnino commendandus de pactis l. 1. claus. 4. gl. 28. in que 25. presertim n. 1. et 2. Gofredus in l. si servus. 108. §. qui margarita. 13. de leg. 1. n. 2. et 3. ubi q.d debentur hec fideicommissa sive adita sive n. adita hereditate, et appertius in l. 3. de leg. 3. in princ. ex l. cum quis decedens 37. §. pater 3. eod. tit. sed dato q.d fideicommitti non possit in contractibus ratio est

ut. factio vt informata, seu qualificata a iure ciuili potest ad certam formam restringi vt euenit in plerisque ex contractibus ac iuris gentium conuentionibus: et hæc est prima ratio asignata a Menochio d. cons. 1028. n. 8. dum ait ius ciuile constituisse certos modos disponendi vltra mortem quos non liceat transgredi. quæ ratio æquè adaptatur vtrique sententiæ siue affirmatiuæ siue neganti. alia quæ d. louis mouet Luca, iam diluimus in superioribus. Vnum tamen notare oportet. nempe male compati quæ tradit Luca in d. summa n. 10. nempe facultatem testandi esse a iure ciuili, et quod in dispositionibus pijs in quibus naturalem tantum attenditur non sunt subiectæ formæ præscriptæ a iure ciuili: etenim si ius ciuile sub certa forma dedit facultatem illam certum est eam non habere homines formæ præscriptæ non obseruatæ. male et impropriè Luca: asserit hominem morte annihilari nisi loquatur de suposito pro vt sic existenti.=



Voluntatem morte non revocari & capacem esse subsistinendi conservandique iura hereditaria

CAP. III.

1 Angelicus Praeceptor Div. Thom. in summa contra Gentiles cap. 92. cum trib. sequent. lib. 4. probat omnibus animabus separatis à corpore immobilem remanere voluntatem in eo statu in quo morte inventae fuerint et ex nostris hoc idem notat D. Covarr. practicar. cap. 11. n. 2. Benedict. Pinellus lib. 2. select. cap. 6. n. 12. Petrus Gregor. Tholos. in sintag. art. mir. lib. 4. c. 43. folio 686. ubi late ex D. Thoma probat voluntatem post mortem in eodem habitu remanere, non solum non revocata, aut retractata sed tanquam quae morte non potuerit retractari. Gofredus in lg. nonnunquam 52. de condit. et demonstr. et in lg. 41. §. scevola 13. de leg. 3. Prado in lg. cum heredes 23. de adq. possess. n. 222. ubi docet nec dum morte voluntatem solui imo potius morte confirmari. Probatur haec verissima assertio à Div. Thoma plurimis efficacissimisque fundamentis quae apud ipsum videri possunt, et probatur iure canonico ex cap. cum marthe de celebr. missar. sed dicet aliquis haec verissima esse atamen ethnicis incognita quare nullo modo prodesse poterunt ad interpretanda romanorum iurisconsultorum responsa, nam ipsis ut pote ethnici animae immortalitatem ignorabant, sed haec evasio corruet dum ostenderimus iurisconsultos animae immortalitatem cognovisse, expresseque docuisse voluntatem morte non solui imo post mortem permanere ad conservanda iura hereditaria.

2 Sed prius supponendum est plurimos ethnicorum animae immortalitatem cognovisse ut latissime ostendit Petrus Gregor. sintag. art. mirab. lib. 8. lib. 1. c. 10. et sequent. sed haec cognitio praecipue apud Romanos invaluit ut ibidem ex eorum monumentis probat Petrus Gregor. unico tamen testimonio testimonio utetur ego, ciceronis, scilicet, iuris civilis scitissimi qui ita in lib. de amicitia

loquitur: plus apud ore valet nostrorum authoritas vel nostrorum maiorum qui mortuis tam religiosa iura tribuerunt, quod non fecissent profecto si nihil ad eos pertinere arbitrarentur: nescio an expressius id ostendat ipse l. Tuscul. ibi: itaque unum illud erat insitum priscis illis quos Cascos Ennius appellat: esse in morte sensum, nec excessu vitae sic deleri hominem, ut funditus interiret, idque cum multis alijs rebus, tum et pontificio iure, et caeremonijs sepulchrorum intelligi licet, quas maximi ingenij praediti, ne tanta cura coluissent, nec violatas tam inexpliabili religione sanxissent nisi haesisset in eorum mentibus mortem non interitum esse omnia tolentem atque doletem. idemque probat Donellus lib. 1. comment. cap. 1. ubi ideo religiosa loca ab antiquis dicta asserit, quod crediderint animas ad celos euolare. et ibi Osualdus litteras ubi plura congerit testimonia.

3 Sed quid opus est aliorum testimonijs cum ipsae leges id probent 1. quia voluntas dicitur ambulatoria usque ad mortem. l. 32. §. 3. de donat. inter vir. et uxor. l. 4. de adim. leg. ergo quia post mortem est non ambulatoria ita Petrus Gregorius d. lib. 4. cap. 43. folio. 686. = 2. probant dum dicunt contra voluntatem testatoris fieri eius dispositioni opponitur. l. 11. §. item si 19. de leg. 3. l. illis 84. de C. et D. l. 29. C. de leg. neque sufficit dicere, praedictas locutiones accipiendas esse de voluntate quae fuit non vero probare eam post mortem existere; nam haec euasio corruit ex eo quod voluntati quae fuerit et nunc non sit nihil opponi nunc potest nam ut duo opponantur necesse est ut simul sint. Respondebis fortasse iuris consultos non credidisse voluntati aliquid ut existenti opponi posse post mortem; atamen cum voluntas conseruaretur ex inducta iuris fictione ideo dixisse contra voluntatem aliquid post mortem fieri quatenus voluntas ficte existebat: sed contra est: quod talis fictio non datur ut suo loco probabimus. Deinde quia ut constat ex §. 1. instit. de fideicom. her. fideicommissa primis temporibus omni iuris vinculo destituta fuerunt, et tantum pudori rogatorum

relicta, ut proinde nulla fictione potuerit representari voluntas defuncti cum omnes fictiones iuris civilis dicantur cuius auxilio tunc fideicommissa careret. Sed tunc non deficiebat voluntas ultra mortem neque ex defectu voluntatis fideicommissa infirma erant, sed ideo precisè quia licet iustum erat, ut rogatus fideicommissa adimpleret, non poterat ad id cogi in foro civili, ut constat ex d. §. 1. ergo voluntas sine fictione ex mente iurisconsultorum post mortem permanet: ergo iurisconsulti non loquuntur de voluntate per fictionem representata sed de voluntate existente: Rursum si de voluntate ficta loquerentur id exprimerent ut faciunt quando de alijs rebus fictis loquuntur. hoc idem probat l. verum 63. §. fin. D. pro socio ubi dicitur, societatem dissolvi sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierint. et postea dicitur homines interire morte, et voluntatem revocatione: ex quo constat voluntatem non interire cum homine, et morte non interire, cum aliter hominem, aliter voluntatem interire doceat iurisconsultus.

4 Ulterius probatur dum dicunt aditione voluntatem defuncti ratam constitui. leg. 55. §. 2. ad Trebel. leg. 31. §. 1. de excus. Deinde probatur quia post mortem nascitur actio institoria contra defunctum. leg. 17. §. 3. de instit. act. quae actio ex voluntate nec aliter nascitur. §. ult. inst. quod cum eo. ergo quia post mortem datur voluntas preponentis defuncti. Probatur ex leg. 1. qui testamenta facere poss. ubi testamentum dicitur sententia voluntatis sed haec sententia post mortem vires habet: ergo voluntas ultra mortem extenditur. confirmatur ex eo quod voluntas faciat ut totum id quod est in testamento valeat ut dicitur in leg. 12. in fine de leg. 1. Vallentin illustr. lib. 1. tract. 4. q. 2. n. 1. ubi male ad id probandum adducit leg. 85. §. rerum 3 de her. inst. leg. 24. de vulg. leg. 19. de condit. quae loquuntur de voluntate interpretanda, non vero de voluntate efficiente ut testamentum valeat subsistatque post mortem: melius tamen id probari posset ex leg. 24. §. 8. de fideicom. libert. ibi mens testatoris tribuere solet libertatem fideicommissariam: ergo quia post mortem tribuit libertatem, sicut heredi bona, legatarijs legata: fulcitur hoc idem assumptum ex eo quod si voluntas post mortem non esset non posset eius placitum commutari contra id quod dicitur in leg. legatum

16. de usu et usufr. leg. et iure Canonico admititur cap. nos quidem de test.=

5 Hoc idem fulcitur ex Authorit. IC. Pauli in lg. 3. de seru. export. ubi agit de venditione serui hac lege facta ut intra certum tempus manumittatur, et si non sit manumissus liber sit in quo casu resoluit voluntatem heredis venditoris exquirendam non esse, si is qui vendidit in eadem voluntate perseueret: quo supponit Paulus venditorem posse perseuerare in eadem voluntate tunc etiam quando iam heredem in efectu habeat: quo supponit defuncti voluntatem perseuerare posse non solum post mortem sed etiam multo post scilicet post aditam hereditatem; siquidem dum ait Paulus voluntatem heredis exquirendam non esse manifestum est loqui de herede post aditionem existentem etenim de voluntate heredis ante aditionem dubitari non poterat. quid autem dicendum sit ad lg. 1. D. qui sine manumis. (ex qua probatur venditorem serui in proposita specie nec posse mutare voluntatem) non est propositi nostri disquirere: potest tamen hec oppositio conciliari hoc modo ut seruo libertas competere debeat etiam si venditor mutauerit voluntatem iuxta d. lg. 1. et multo magis competat si dominus in eadem voluntate perseueraret ut d. lg. 3. quo casu competit libertas nec heredis voluntas exquirenda est ex duplici ratione. 1a quia dominus et si vellet mutare voluntatem non poterat impedire libertatem ut constat ex d. lg. 1. qui sine manumis. et quia et si posset, cum defacto in eadem voluntate manumitendi serui perseuerauerit (uti contigisse supponendum est in casu de quo loquitur d. lg. 3.) voluntas heredis non debet in consideratione venire. ita Gothofr. in d. lg. 1. D. qui sine manumis. verius tamen soluer cum Zoesio in dig. ad. d. tit. de seru. export. n. 5. et Brunemann in lg. 1. C. si mancipium ita: quod seruus sit liber ex constitutione Diui Marci si venditor non mutauerit voluntatem. sin autem non fieri ex ea liberum, nisi casu quo uterque sine herede decesserit, et emptor et venditor. sed melius Aug. Barbosa in d. lg. 1. ex Caldas ait mutata voluntate non fieri liberum, ipso iure ex constitut.e fieri tamen officio iudicis ex lg. 122. §. flauius de V. O. de quo casu accipienda d. lg. 1. qui sine manumis.=

6 Confirmatur assertio nostra ex eo quod in veriori sententia, ius accrescendi in legatis proveniat ex voluntate testatoris ut defendunt D. Oroz lib. 1. cap. 12. n. 8. Cornelius Suuanenburch. in tract. de iure accresc. cap. 2. Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 13. th. 3. lit. A. Richard. in §. si eadem res 8. inst. de leg. n. 28. et hoc quamquam ratione non pauci assignent iuri accrescendi quod in hereditatibus versatur arg. lg. si Titio et Mevio 61. de leg. 2. ut tenuit Barth. in lg. si in tto. §. de vulg. n. 3. plures apud Richard. in tit. D. de adq. hered. cap. 22. n. 19. nobis autem sufficit quod in legatis ius adcrescendi provenire dicatur a voluntate testatoris: sicut etiam substitutiones proveniunt quod nemo negare possit. ex hoc enim infertur voluntatem post mortem imperium suum prorrogare: hoc idem adstruitur ex eo quod mandatum, licet regulariter morte finiatur, potest tamen ex voluntate expressa ultra mortem porrigi ut tenent plurimi quos refert Pinellus select. lib. 2. cap. 6. n. 1. et late contra Ottomanum, et Pinellum tuetur D. Didacus de la Serna exercit. 7. et 8. de qua questione aliqua postea dicemus: pro nunc tamen ex hac communissima sententia deducimus: voluntatem morte non extingui, sed ultra mortem extendi; ut ad hanc questionem premitunt. Serna d. exercit. 7. n. 3. et Pinellus contrarie sententie propugnator d. cap. 6. n. 12.

7 Probatur communiter nostra assertio ex lg. 12. §. 1. de precario ex quo constat precarium durare post mortem illius qui concessit iuncta lg. 2. §. 2. eod. ex quibus hoc inevitabile profluit argumentum. Precarium eatenus durat quatenus voluntas concedentis non mutatur d. lg. 2. §. 2. ibi: est enim natura equum tandiu te libertate mea uti, quandiu ego velim, et ut possim revocare cum mutavero voluntatem: quod ita est de substantia precarii ut nec ulla conventione effici possit ut mutata voluntate maneat precarium d. lg. 12. in princ. sed precarium durat post mortem, et morte nec revocatur, nec extinguitur voluntas. D. Covarruv. pract. cap. 11. n. 1. et post eum Pinellus d. cap. 6. n. 12. huic fortissimo argumento adiici potest aliud nec minus eficax ex lg. 4. ff. de manum. vind. ubi proponitur servus vindicta

manumissus à filio post mortẽ patris qui filio manumittere permisserat. et deciditur à JC.o Julliano libertatem competere servo favore libertatis, quamquis filius post mortẽ patris quã ignorabat manumiserit, et hoc ex hac ratione: cum non appareat mutatã esse domini volũtatẽ: atamẽ in casu quo pater revocaverit volũtatẽ, et si filius ignorãs revocationẽ manumisserit asserit Jullianus libertatẽ non competere quia oportet durare patris volũtatẽ, nã si mutata fuerit non erit verũ volũtate patris filium manumisisse ex quo textu infertur, post mortem manere volũtatẽ. quod probo. nã ad sustinendã manumissionẽ etiã si adsit et attendatur favor libertatis exigit Jullianus ut duret patris volũtas; et nihilominus post mortẽ patris facta manumissio sustinetur: ergo quia tunc durat volũtas patris et quia verũ est volũtate domini (Patris scilicet qui adhuc est dominus rerũ suarũ post mortẽ, ut suo loco probabimus) servũ tunc manumitti. Favor enĩ libertatis tantũ prodest ad hoc ne manumissioni nõ obstet quod filius, qui heres erat, et dominus iure civili, ignarus mortis patris manumisisset non ut heres, sed tamquam mandatarius aut minister patris. ad volũtatẽ fingendã nihil facit ut constat ex d. lg. ubi separatim duas rationes asignat JC. ibi favore libertatis; cum non appareat mutatã esse domini volũtatẽ; ergo ex his duabus causis simul concurrentibus sustinetur manumissio.

8 Objicitur lex Quesitũ 15. § 1. D. qui, et a quib.

Sed statim objicies lg. Quesitũ 15. §. Jullianus ait 1. D. qui et à quibus manumis. ubi teste Paulo JC.o Julianus ipse qui predictæ leg. 4. de manum. vind. author est. asserit servum non fieri liberũ si postea quã filio permisit, vindicta. ✠ ex quo infertur Patris volũtatẽ ultra mortẽ non extendi, sicut nec eiusdẽ patris in servos dominiũ: huic difficultati respondere potest Julianũ in d. lg. 15. §. 1. loqui de filio qui adhuc dum manumissit heres defacto non erat, ut quia emancipatus à Patre fuerat quo casu necesse est. ut tamquam extraneus

✠ Patre manumittere, filius ignorans patrem decessisse manumisit vindicta sed, et si vivit pater, et voluntas mutata erit, non videri volente patre filium manumisisse.

adat hæreditatem patris vel quia exhæredatus, qui eiusque ipso iure hæres non est. quibus casibus filius non sit dominus statim post mortem patris, et ideo non potuit manumittere vindicta quia hæc manumissio non fit nisi a domino teste Ulpiano in fragm. tit. 1. §. qui tantum in bonis cum §. seq. et ideo cum filius non esset dominus non potuit. fecit ut manumissio valida esset ex persona filij: Pinellus d. cap. 6. n. 17. sed cur inquires non tenet manumissio ex persona Patris qui dominus est, et cuius voluntas morte non fuit revocata ut constat ex eod. Jul. in d. lg. 4. de manum. vind.? Respondeo differentiam in eo stare quod in d. lg. 4. loquitur Jullianus de filio cuius Pater ab intestato decesserat quo casu filius statim sit hæres et ideo est persona capax manumittendi ex persona Patris eiusdemque voluntate, quia cum ipse sit actu successor in universum ius Patris et ad eum pertineat, quatenus hæres est, adimplere voluntatem patris; ideo tenet manumissio ab eo facta cum fiat ex voluntate Patris adhuc perseverante, et fiat ab eo qui potest voluntatem patris adimplere, fiatque sine damno alterius nam si talis manumissio alicui damnum generare potest maximè ipsi filio ad quem spectabat servus si manumissio non sustineretur: adest tamen favor libertatis nam licet filius, ut hæres potuerit manumittere cum tamen manumiserit ignorans mortem patris videbatur dicendum libertatem non competere ex eo quod filij voluntas fuisset errore ducta; nam ipse manumittebat tanquam ex mandato cum in rei veritate foret hæres: deinde adest favor libertatis in eo quod mandatum nisi adsit expressa voluntas regulariter morte solvitur, non quia sola morte revocetur voluntas sed quia omnis mandans nisi aliud dixerit videtur non plus velle extendi mandatum quam eius vita duraverit. §. item si 10. inst. de mandat. lg. 26. in princ. D. mandati iuncta d. lg. 4. de manum. vind. et ob id videbatur dicendum filij manumissionem non debere sustineri siquidem manumiserit ut mandatarius, et mandatum erat finitum. At vero in d. lg. 15. §. 1. ff. qui et a quib.

manum. agitur (ut supponimus cum Pinello) de filio qui adhuc non erat hæres, et ideo manumissio non potuit sustineri, neque licet mandati fauore libertatis contra id quod regulariter accidit dicatur extendi ultra mortem ex coniectura propriæ voluntatis Patris qui manumitti mandauerat, iuncto quod hoc non repugnat cum naturaliter possit voluntas ultra mortem extendi, ut fatetur ipse Julianus in d. leg. 4. tamen nequit valere libertas nam cum filius non sit hæres et manumittendo se intromittat in id quod ad hæredem spectat inde fit quod libertas non subsistat, etiam dato quod Pater voluerit mandatum ultra mortem porrigi, et quod aliquando porrigi possit ex voluntate expressa, nam toties mandatum potest ultra mortem extendi quoties illud fit super rem non pertinentem præcise ad ius hæredis, toties non sustinetur etiam si adsit expressa voluntas quoties fit de re quæ ad ius hæredis spectat necessario ut optime hanc quæstionem resoluit textus que conciliat Paulus de Castro in leg. ult. de solutionibus. de his autem postea latius. nota tamen caueridum esse solutionem quam prædictis legibus acommodat Pinellus d. n. 17. cum eo enim conuenio in eo quod supponit videlicet in d. leg. 4. agi de filio hærede suo quod constat ex d. leg. ubi agitur de Patre intestato; et oppositum eo quod supponit videlicet in d. leg. 15. §. 1. agi de filio qui adhuc hæres non erat, quod necessario, ait Pinellus supponendum est ne alias sibi ipsi contradicat Julianus.

Alia Authoris solutio ad prædictas LLeg. 9

Cogitabam nihilominus prædictas ll. aliter concordari posse. nam in d. leg. 4. agitur de Patre qui absolute sine ulla temporis limitatione iuserat seruum manumitti quo casu fauore libertatis ita interpretamur voluntatem patris ut coniecturemur eum voluisse mandatum etiam ultra mortem extendi, quæ coniectura non repugnat cum possit hoc fieri in mandato, et cum voluntas possit ultra mortem extendi sic commode accipiuntur ea verba d. leg. 4. libertas fauore libertatis contingit, cum non appareat mutatam esse domini voluntatem, et ideo

cum filius ut heres posset manumittere imo, et manumittere teneretur, ut mandatarius merito dicitur libertatem servo competere quamvis data sit a filio qui mortem patris ignorabat. quod etiam confirmatur ex v.o sequenti ubi ideo non subsistit manumissio quia adest expressa volutas patris quo casu nequit coniecturari aut presumi ipsum velle prorogare mandatum cum in apertis volutatibus non sit locus coniecture. At vero in d. lg. 15. §. 1. agitur de mandato ad certum tempus restricto, ut colligitur imo constare videtur ex d. §. ibi: si posteaquam filio permisit Pater manumittere: idest post illud tempus in quod permiserat Pater: hoc enim significat illud verbum posteaquam. lg. 41. §. Labeo ff. de manum. tt.o quod verbum equiparatur verbo postquam, ut constat ex d. lg. 41. ex d. §. Labeo iunctis principio et §. 1. eiusdem legis. igitur verba posteaquam, et postquam cum sint exclusiva temporis cui adiunguntur illud restringunt; et ideo hec verba postquam fari poterit excludunt tempus in potestate lg. interdum 217. de V.s. et ideo cum illa verba posteaquam filio permisit Pater excludant tempus permissionis; et hoc sit tempus continuum merito dicere possumus excludere omne tempus intra quod pater permiserat. sicut dum dicimus postquam legerat, postquam docuit intelligimus tempus in quo nec legitur nec docetur. his suppositis facilis et plana est d. lg. 15. §. 1. nam volutas Patris ad certum tempus permittit, expresse post illud tempus negat et ideo mandatum (quin locus sit pie coniecture ut ponte quia volutas aperta est) extinctum erat quando filius manumisit, et ideo libertas non competit, nec poterat competere etiam si filius esset heres ipso iure, ratio est quia ipse manumisit ut mandatarius postquam mandatum erat extinctum. et ideo quamvis sit heres et ignoret patrem decessisse non competit libertas ex mandato iam invita patris extincto. sed neque competit quamvis filius ignorans patrem decessisse sit dominus. quia non ut dominus nec nomine proprio manumisit: in hoc tamen poterat esse ratio dubitandi, ut statim dicam: propter d. lg. 4. §. 1. de manum. vindicta. lg. 47.

de manum. tt.° vbi dicitur valere libertatē licet ex errore causē datā dūmodo a domino hęrede ve data sit: quare cū hic filius dederit libertatē, videbatr dicēdū eā competere: hoc enī his non obstātibus negat Julliañ. in d. lg. 15. nā aliud est dari libertatē a domino animo manumitēdi vt dominus de quo casu loquutur. d. lg. 47. de manum. tt.° et d. lg. 4. §. 1. de manum. vind. aliud vero est libertatē dari nomine alterius de quo casu loquitur Jullianus dum agit de filio qui tāquā ex mandato et nomine patris quem adhuc viuere credebat manumisit: in hoc casu filius qui manumisit non habet afectū domini et ideo non subsistit libertas in casu d. lg. 4. §. 1. et d. lg. 47. facta proponitur manumissio ab ijs qui nomine suo manumittere volebāt, vt constat ex d. lg. 4. §. 1. ibi: nihilominus verū est volūtate domini servū manumissū, et ideo liber erit. g.° ratio quare hęc libertas sustinebatur consistebat in volūtate manumitētis: sed inquires vnde colligitur filiū in casu d. lg. 15. §. 1. non habuisse volūtatē manumitēdi ex se et persona sua? Respondeo tamē hoc colligi ex eo quod agebat tāquā ex volūtate patris, et hoc colligitr ex d. §. ibi: sed et si viuit Pater et volūtas mutata erit non videri volūte Patre filiū manumisisse: vbi notāda est particula sed et si quę est reduplicatiua, et facit vt hęc vltima verba supra pręcedentia reduplicent: quasi diceret JC.s non solū in proposito casu non competit libertas ex defectu (scilicet volūtatis Patris) sed neque competit in casu quo Pater viuens reuocauerit volūtatē quia in nullo ex his casibus videtur filiū volūtate Patris manumisisse: nā volūtas Patris in vtroque casu deffiiciebat in primo q.a ad tempus erat limitatū mandatū in 2.° quia expresse erat reuocatū, licet a prīo fuisset absolutū sine designatione temporis. et ideo cum filius ex volūtate Patris vtroque casu voluerit manumittere non sustineatr libertas quia volūtas Patris deficiebat.

Alia prędict. legū solutio.

10 Si nulla ex his solutionibus placet accipe alterā: potest enī dici d. l. 15. §. ita intelligendā fore, vt dū dicit JC.s servū non fieri liberū intelligatur cum limitatione

quam postea subiungit idest non fieri liberum ex mandato, neque ex volutate patris sicut postea dicitur in v.º sed et si ibi non videri volutate patris filium manumisisse, nam cum hae duae decisiones coniungendae sint ad unam sententiam propter particulam sed et si; locus est huic interpretationi et limitationi ut intelligamus Iullianum negare libertatem competere ex voluntate patris, non vero absolute eam negare cum fiat à filio herede de quo credendum est habere volutatem dandi libertatem etiam si crederet hoc posse facere iuxta d. leg. 4. §. 1. de manum. vindicta quae eiusdem Iulliani est. hac posita interpretatione: duntaxat obstant d. leg. 4. in princ. et d. leg. 15. §. 1. in eo quod in leg. 4. competit libertas ex volutate Patris. in leg. 15. §. 1. competit ex volutate filij quae differentia consistit in eo quod mandatum de quo agitur in d. leg. 4. fuerat absolutum ut diximus et probatur ex verbo et interim quod idem significat ac durante mandato et volutate perseverante: in d. leg. 15. §. 1. agitur de mandato limitato ut in ... praecedenti ostendimus: quae omnia aperte constabunt si has Iulliani decisiones simul iungas: aperitur enim magis sensus et mens. IC. lucescit: si Pater filio permiserit servum manumittere et interim decesserit intestato deinde filius ignorans Patrem suum mortuum, libertatem imposuerit libertas servo favore libertatis, contingit cum non appareat mutata esse domini volutas (ita Iullianus in d. leg. 4. princ. vers. 1.) si posteaquam filio permisit pater manumittere filius ignorans patrem decessisse, manumissit vindicta non fieri eum liberum, sed et si vivit Pater et volutas mutata erit non videri volutate patre filium manumisisse. ita ipse Iullian. in d. leg. 15. §. 1. sed de his iam satis egimus. ad propositum revertamur.

11 Probatur ultimo volutatem post mortem imperium prorrogare quoad conservanda iura sua. ex textu in leg. qd servus 36. de stipulat. servor. ubi inter servum hereditarium et habitum pro derelicto haec assignatur differentia quod servus derelictus

omnino reijcitur a domino: servus vero hæreditarius non potest derelictus videri qui vniverso hæreditatis iure continetur: versus q.d servus derelictus volūtate domini derelictus est: ergo ex d.lg. infertur servum hæreditarium non esse voluntate domini derelictum q.d indicat IC. in illis verbis opportune positis ibi: nec potest relictus videri qui vniverso hæreditatis iure continetur, q.d etiam ratione probatur: nam si causa amittendi dominium servi derelicti est q.d domini volūtate derelinquatur vt in d.lg. dicitur infertur q.d causa retinendi erit volūtas retinens: ergo servus hæreditarius (idq de alijs rebus quæ vniverso hæreditatis iure contingetur) retinetur volūtate domini defuncti. quo facit lex 3. in prin. de bonor. possess. ibi: qua succeditur in ius mortui cum lg. 24. et 62. de V.S. et R.J. iunctis his quæ diximus cap. 1. n. 8. et seq. et postea cap. ex n. 1. et cap. ex n. iuncto quod iura hæreditaria non consequntur per fictionē vt cap. seq. probabimus neq. manent penes cadaver seu materiā primā vt voluit Prado vt ostendam infra cap. n. et seq. quare necesse est vt penes volūtatē maneāt omnia iura transmissibilia de quibus agimus d. cap. et cap.=

12 Durat post mortē volūtas, etiam quoad nos, vt constat ex d. ll. et rationibus, durat tamē in habitu et si perfecta fuerit. non tamē durat quoad nos exercitium volūtatis defuncti, et ideo quando volūtas ita fertur in aliquā rem vt eatenus duret quatenus actu vellimus illa volūtatis operatio cessat quando exercitium volūtatis cessat. itaque si absolute concedatur precarium quia hæc volūtas iam est a prin. perfecta et completa durat post mortē vt constat ex d. lg. 12. §. 1. de precario iuncta lg. 2. §. 2. eod. at vero si agimus de volūtate nō expedita neque completa sed quæ exercitiū exigat ad sui conservationē ea morte extinguitur quia tunc desinit actu velle veluti si precariū concedam quoad velim quod extinguitur morte. nam hæc concessio eatenus extenditur: quatenus actu volens fuero et tunc finitur cum desino actu velle. lg. 4. D. locati. ratio est quia morte cessat voluntas et desinit esse ambulatoria. lg. 4. ff. de adim. leg. et ideo quando ad existentiam

rei exigitur ut ambulet, hoc est ut exercite existat. talis res morte extinguitur quia voluntas sola est ambulatoria usque ad mortem: in his vero quę ad sui conservationę non exigunt ut voluntas ambulet: sed satis est si non fugiat dicendu est morte non extingui quia ea usque ad mortę est ambulatoria, post mortem vero sedet nec fugere potest. d. lg. 4. ff. de adim. leg. a contrario sensu, ut eam accipit Petr. Gregor. sintag. art. mirabil. d. lib. 4. cap. 43. quo facit l. 1. C. de sacros. eccles. quę etię ita accipit Petr. Gregor. sicut et l. 11. §. 6. de leg. 3. ex quibus habes solutionę ad pręcipuum argumentum contrarię quam tradit Gofredus in lg. nonnquam 52. de condit. et demonstrat. n. 2. et post salicetę et D. Covarr. Pinellus d. lib. 2. cap. 6. n. 12. aliter d. lg. 4. explicat Parado in d. lg. 23. de adq. possess. n. 226. dicens ideo locationę illic morte dissolui quia hoc voluit locator, ne alias si morte non finiretur locatio, ~~et~~ ~~precaria~~ essent irrebocabilia: quomodo intelligit cap. si gratiose de rescript. in 6. de quo P. Sanchez lib. 8. de matrim. disp. 28. a n. 58. de his tamę videndus Bachov. contra Fabr. ad decad. 77. in errorę 1. et ad decad. 76. in errorę 10. n. 15. Sahagum in cap. relatu 19. de officio delegati. Menoch. de arbitr. lib. 1. q. 69. =

13 Ex prędicta Gofredi doctrina respondebur ad lg. fin. ff. qui sine manumiss. ubi dicitur qd si ancilla vendita fuerit hoc pacto ut manumitteretur quando emptor vellet libertatę moriente emptore competere. ex quo tamen sic argui potest in proposito casu emptor potest non manumittere quousque nolit: quia libertas non competit dum emptor non vult competere: sed mortę ea competit libertas: ergo quia terminus voluntatis est mors, veluti si venditio ut intra annum manumittatur servus quia omnes anni partes cędunt lucro emptoris usque ad ultimę dię anni non competit libertas competit tamę ultimo die tanquam transacto termino lg. 1. et 3. eod. ex qua ratione ei qui hac lege emptus sit ut a vivo emptore manumittatur stati mortuo eo competit libertas. lg. 4. eod. ergo sicut hoc casu competit quia morte finitur vita, ita et in casu d. lg. fin. dicędum est: ideo competere libertatę mortuo

emptore quia morte finitur volūtas. Respondetur tamen hanc formulam quando emptor vellet et similia. significare volūtatē actu volētē seu exercitiū volūtatis vt in d. l. 4. locati, et cum exercitiū volūtatis morte quoad nos finiatur, inde est quod emptore moriente adimpleatur conditio emptioni adiecta. et hoc sensu procedit et intelligenda est lex 11. §. 6. de leg. 3. =

14 Tutius et verius responderi potest huic et alijs dificultatibus. si attente notes hęc verba cum volet, et similia quę denotauerint exercitiū volūtatis significationē suę vsque ad mortē extendere: et ideo si princeps concedat mihi aliquid quoad voluerit, vel pro tempore beneplaciti sui illa concessio morte principis finitur, quia eius actuali volūtate conseruabatur: hoc tamē regulariter procedit quando beneplacitū non interpretatur pro eo quod est, vsque ad reuocationē. Fontanela de pactis part. 1. claus. 4. glos. 10. ex n. 148. itaque huc non pertinet quęstio de tempore quo finiatur beneplacitū. etenī tota ea pendet a coniecturata mente non a duratione volūtatis, ita vt tunc finiatur morte beneplacitū quando creditur, concedētē loquutū fuisse de beneplacito suppositi viuentis, tunc non finiatur quando absolute acceptū fuisset beneplacitū docet P. Molina de Iust. et iur. tr. 5. disp. 20. n. 6. Hieron. Gonzalez in reg. 8. Cancel. glos. 12. n. 62.: volūtas autē actualis seu exercita morte finitur: et ideo similiter si arbiter me condemnet in 20, decem statim, decem cum voluerit, si ipse decesserit antequā declarauerit volūtatē circa ea decem, nō possū ad soluendū obstringi, quia illa pars condemnationis non fuerat perfecta, et morte non potuit perfici: similiter si relegauero donec reuocauerim, me mortuo, nō expirat relegatio, vt late probat, et ad plures casus adaptat Caponius tom. 2. discept. 110. per totam. plura etiā in huius distinctionis confirmationē adducit Gonzalez d. glos. 12. pręcipue a n. 53. et Fontanela de pact. part. 1. claus. 4. glos. 10. ex n. 148. cum duob. n. seq. vbi signanter tenet

morte non finiri beneplacitũ, nisi fuerit restrictũ ad vitam.
aliqua in contrariũ (leuissima tamẽ) mouet Menoch. de
arbitr. l. 1. q. 69. ex n. 12. ratiõ est quia hic actus est perfectus
eius tamẽ reuocatiõ dependens à volũtate non fuit facta in vita
nec morte potuit fieri, quia morte cessat volũtas licet ad ea
quę perfecta sunt non extinguatur. ita Gofredus in lg. 41. §. 13.
de leg. 3. et ideo tenendũ est morte nec reuocare actũ perfectũ
volũtatis nec perficere actũ imperfectũ: sed dũtaxat conserua-
re actũ perfectũ quia iterũ non redit arbitriũ lg. 1. C. de
sacros. eccles. et quia ex tunc iam volũtas sedet et desinit
esse ambulatoria cum immobilis remaneat vt tenet D. Thom.
et Petrus Gregorius. d. locis: qd probatur ex lg. 46. §. 2. de V. O.
vbi stipulatiõ sub tali formula inutilis dicitur si promissor
decedat antequam perfecerit volũtatẽ. aliqdo tamẽ hęc verba
cum voluerit ex subiecta materia aliter accipiuntur: quando
scilicet non ponuntur ad substantiã actus, sed ad modũ, et ita
procedit qd dicitur in d. lg. fin. qui sine manum. vbi fauore
emptoris assignatur totius vitę tempus ad manumissionem,
vt emptor si nollet possit seruo vti per totã suã vitã. eodem
modo intelligendę sunt d. lg. 11. §. 6. de leg. 3. ex qua hęc solutio
comprobatur ibi exactũ habet quamdiu viuat is à quo fidei-
commissũ relictũ est: differtur enĩ in diẽ incertũ et ideo repu-
tatur conditionale d. §. 6. iuncta lg. 75. de cond. et dem. sed a-
pertè hoc idẽ constat ex lg. 41. §. 13. de leg. 3. ibi post mortem
creditur datũ. sed dices, inquireisque ex qua causa fiat vt
hęc conditiõ cum volet, aut cum voluerit aliqdo post mortem
verificetur vt in d. lg. fin. qui sine manum. et in lg. 11. §. 6.
lg. 41. §. 13. de leg. 3. in alijs tamẽ actibus si in vita non veri-
ficetur protinus redat actũ inutilẽ vt in lg. 46. §. 2. de V. O. lg.
4. locati. Respondeo. hanc conditionẽ euanescere in morte
quia iam ex tunc impossibile est vt is qui promisit, aut
pactus fuit cum vellet. constituat velle; seu actũ volũtatis
faciat vt d. lg. 46. §. 2. de V. O. d. lg. 4. locati. sed hoc de rigore
iuris et in his quę stricte interpretationis sunt absolutè

procedit. secundū veritatē: at vero in aliquibus rebus aliter ea verba interpretantur vt actus subsistat. Gofred. in d. l. 41. de leg. 3. §. 13. ratio est, quia verba cum volet et similia sunt ambigua: vel possunt accipi hoc modo vt executio actus differatur per totū tempus quo quis voluerit. et in hoc sensu accipiuntur ea verba fauorabiliter in vltimis volūtatibus. vel possūt accipi ita vt actus perficiatur si ille cui apposita est conditio volūtatis voluerit quo casu si in vita non constituat actus nūquā perficitur quia in vita non fuit perfectus et postea perfici a defuncto non posset et hoc modo interpretātur illa verba regulariter, quia hæc est primus et præcipuus eorū sensus.

15 Hinc patet ratio ob quam test.° et quælibet voluntas perfecta post mortē conseruetur: nam cū sint actus volūtatis expediti et perfecti et mors non reuocet actus volūtatis perfectē necessario infertur neque test.° neque aliam quamlibet volūtatem post mortē collatā reuocari aut extingui. neque obstat q.d volūtas post mortē deueniat ad casū a quo non poterat incipere, vt proinde inutilis debeat dici arg. l. 82. in pri.° de leg. 2. l. pluribus 140. §. 2. de V.O. cum alijs: non inquā obstant dictē ll. nam regula quæ ait actum reddi inutilem ex eo q.d peruemiat ad casum a quo incipere non poterat dūtaxat procedit in actibus imperfectis, non vero in negotijs perfectis. Gofred. in d. l. 82. n. 6. Vinnius §. 14. de leg. n. 3. Donell. in d. l. 140. §. 2. quare cum test.° sit volūtas perfecta hoc est deliberata inde est q.d ex hac causa volūtas vltima in genere volūtatis perfecta non infirmatur per mortem, idē dicendū est de qualibet volūtate veluti illius qui vltra mortem voluit extendi mandatū. potest volūtas vltima reuocari vsque ad mortē non tamē ideo minus perfecta, minus ve deliberata est; nam quousque reuocetur perfecta est et si non fuerit vnquam a testatore reuocata perfecta manet: ita taliter vt in instanti quo homo moritur iam fiat irrebocabilis, quo sensu dicitur morte

confirmari: non quia antea non sit perfecta et deliberata, sed quatenus poterat reuocari. Ex dictis soluitur quod dicitur in lg. 5. in prin. de donat. inter uir. et vxor. in lg. 12. de iure dot. et in lg. 4. C. de donat. ante nupt. de quarum legum expositione aliqua diximus cap. 2. n. 22. et 23. huc permittenda. in his ll. dicitur donationem a viro vxori futurae factam ea lege vt tunc dominium rei donatae vxori adipiscatur cum matrimonium fuerit sequutum inualidam esse, ex quo plures inferunt nec supremam voluntatem validam fore nisi a iure ciuili confirmaretur cum eodem modo ac donationes praedictae conferatur in tempus inhabile: huic difficultati respondere potest praedictas donationes non esse perfectas et ideo cum adhuc imperfectae peruenerint ad tempus in quo prohibitae sunt confirmari non possunt ex supradicta communi doctrina. quod autem non sint perfectae constat ex d. ll. et praecipue ex d. lg. 5. in prin. de donat. inter. v.º si vero iti: si vero mulier eius interposuerit idem dudum perfectae donationem hoc est ante nuptias atque ideo quamuis contractis nuptijs ipsius tradiderit donationem valere. ratio ob quam non sint perfectae donationes in proposito casu d. ll. non est quia efectus donationis hoc est adquisitio domini conferatur in tempus matrimonij. sed ideo est quia ipsa donatio, ipse ve actus donandi totaque eius substantia videtur conferri in tempus prohibitum. vt constat ex lg. 12. de iur. dot. in prin. v.º sed et si: iti: vt in matrimonij tempus collata donatio videatur: ergo ipsa donatio non tantum efectus est quae confertur. neque obstat quod similes modi disponendi de rebus suis non soleant conferre in tempus nisi executionem actus, eius ve efectus. veluti si quis donet impuberi in tempus pubertatis: nam licet hoc verum sit, nihilominus cum similes dispositiones, contractusve; possint ita accipi vt conferatur substantia actus in aliquod tempus, aut ita vt solum efectus in illud tempus conferatur legum conditores ita interpretantur huiusmodi donationes vt omni,

earum substantia collata videatur in tempus matrimonij: quod probat d. l. 12. in princ. ibi magis est ut in matrimonij tempus collata donatio videatur. iuncto quod haec verba magis est, videatur, et similia denotant interpretationem, iuris vel praesumptionem= igitur cum in ultimis dispositionibus, non substantia testamenti, seu voluntatis sed eius executio conferatur in tempus mortis inde est quod praedict. ll. minime faciunt ad impugnanda testamenta= sed ulterius respondere potest praed. ll. procedere ex prohibitione iuris quatenus iuris consulti interpretantes mentem legis prohibentis donationes inter virum et uxorem arbitrati sunt hanc legem eodem modo prohibere donationes post contractum matrimonij factas, ac eas quarum effectus in illud tempus collatus esset, et ideo has donationes invalidas esse non propter effectum in tempus inhabile collatum sed quia ipsae immediate prohibitae erant. sicut etiam erant prohibitae omnes donationes, licet inter alios factas, ex quibus, et quatenus poterat alter ex coniugibus ditior alter pauperior fieri ut tota l. 3. D. de donat. inter. et passim. non ex alia ratione nisi quia ex mente prohibitionis invalidae esse debent. Tandem securius respondeo apertam discrepantiam conferendo inter praedictas donationes, et testamenta: nam haec nunquam possunt dici in tempus inhabile collata, cum testator etiam post mortem dominium retineat: secus vero illae, propter iuris prohibitionem, quae donationes inter virum et uxorem improbat. nisi dicant testamenta ideo in tempus inhabile conferri, quia in id tempus conferuntur, in quo non habet defunctus voluntatem exercitam, verum hoc parum obstat, cum huiusmodi voluntas non requiratur ad actus suo modo perfectos sustinendos=

16 Testamentum continet alienationem ita factam ut morte secuta in haeredem transeat rerum dominium ut ait Grotius de

iure belli: lib. 2. cap. 6. in fin. hęc tamē hęc alienatio confertur in tempus mortis quoad executionē dÿtaxat; ante mortē tamē est volūtas perfecta et deliberata: veluti in donatione mortis causa, neque illa eget iuris ciuilis confirmatione, sicut nec donatio mortis causa, quę non solū Romani sed alij in vsu habuerūt vt refert Iustinian. in §. 1. inst. de donat. ex Martiano IC. lg. 1. de mortis caus. quęque iuris gentium est. vt tenet Gothofr. in d. lg. 1. est igitur perfecta ante mortem volūtas testatoris; et vt talis valet, duratque post mortem. neque obstat his. l. 8. §. vnius 2. de opt. leg. vbi agitur de optione vnius serui duobus legatarijs relicta: supponitur seruum fieri communē siue legatarij simul optauerint, siue hoc separatim fecerint: et quęritur, an si primus separatim optauerit, alter vero optauerit postquā primus mortuus, aut furiosus erat: an in tali casu seruus fiat communis quasi semel electione facta? et respondetur: de rigore iuris non fieri, nā vt videatur electio simul facta necesse est vt videatur vtriusque legatarij consensus simul concurrere; qd in tali casu nequit dici nā dum secūdi consensus adest, deficit consensus primi legatarij qui nequit videri consentire quando sentire non potest: ex benignitate tamē seruus fit communis quasi semel electione facta: ex hoc textu sic argui potest. hinc adest volūtas primi legatarij, deliberata et perfecta: et nihilominus de rigore iuris extinguitur morte, quia non videtur consentire qui sentire non potest: ẽ° similiter dicendū est de tt.° morte volūtatē extingui cum defunctus consentire non possit. Resp.r in casu d. §. ad hoc vt seruus fiat communis exigitur, vt vterque legatarius simul consentiat in optione. quod de rigore iuris nequit fieri si ille qui primus optauerat decesserit, antequā optet secundus, nam consensus primi qui de rigore exigitur debet esse actualis et in executio dū secūdus optauerit

qualis nequit esse consensus primi post eius mortem. nam post mortem non datur consensus actualis et in exercitio qui proprie nomine consensus continetur. l. 2. §. fin. ff. soluto matr. ibi vt consentiat, an vero ne contradicat, nam quamuis ibi dicatur videri consentire qui non contradicit: non inde infertur q.d proprie expresse que consentiat. sed q.d interpretatiue consentiat. vt d. §. in fine ibi vbi enim sapit scire eam exigimus vt videatur non contradicere. quo facit l. 2. de ritu nuptiar. et passim consensus pro actu consentiendi accipitur in propria significatione; quare cum mortuus, aut furiosus legatarius optat et aliunde exigatur actualis consensus in vtriusque legatarij inde est q.d de rigore iuris non fit servus communis in praedicta specie: deficiente scilicet consensus vnius qui consentire actu non potest cum sentiendi sit incapax; at vero cum ille ex optione in vita facta credatur decessisse in eadem voluntate ideo resoluit Iuris consultus servum fore communem quasi semel electione facta, hoc est quasi credamus primum deliberate optasse et voluntatem numquam toto tempore vitae reuocauisse: si enim actus confirmaretur eo viuente confirmatio consisteret in eo q.d eius voluntas habitualiter permanens, est voluntas capax explicandi eundem consensum. quare facilius confirmatur in hoc sensu: at vero eo mortuo consensus habitualis non potest reduci ad actum ideoque durius videbatur vt ex tali voluntate confirmaretur actus: in hoc ergo consistit humanitas q.d voluntas habitualis quae non potest reduci ad actum volendi tantum valeat quantum voluntas viuentis quae ad actum voluntatis eliciendum est aptus: in hac enim praesumptione est humanitas: non in eo quod voluntas durare fingatur: sed in eo q.d credatur legatarius permansisse decessisseque in eadem voluntate: quo posito voluntas durat sine vllo gravamine iuris et vltra mortem extenditur: itaque fit vt q.do adest voluntas secundi simul concurrat habitualis consensus primi iam mortui. ita ferme Gofredus d. §. n. 40. =

17. Optio de qua in d. lg. 8. §. 2. agitur n̄ potest retro trahi ad tempus quo primis optauerat. arg. lg. 3. §. 5. de stat. lib. Gofred. in d. §. vnius 2. ex n. 12.: est enim in pendenti et imperfecta aut potius nullius momenti nisi confirmeta. d. l. 3. §. 5. et ideo exigit consensum tempore quo confirmanda est: in negotijs enim quæ ita pendent hoc obseruatur vt non possint confirmari si deficiat aliquod ex constitutiuis et ideo cum duo debent concurrere si vnus defficiat actus non confirmatur: idque accidit si alicui ex personis quæ debent concurrere ad actum superueniat impedimentum quo posito nequeat talem actum efficere nam cum hæc negotia proprie sint dum confirmantur necesse est vt omnia constitutiva sine vitio tunc concurrant. d. lg. 3. §. 5. maxime l. fin. com. præd. v.° et ideo ibi: vel alio genere vel alio modo partem suam alienauerit. iuncta lg. 1. eod. et ideo si alicuius voluntas exigitur ad perficiendum seu potius constituendum negotium morte aut vitio superueniente negotium non confirmatur. d. lg. 12. de iur. dot. lg. 5. de donat. inter. lg. 4. C. de donat. ante iuncto cap. si gratiose de rescript. et lg. 1. locati: ex quo potest explicari quod dicitur in lg. fin. com. præd. in fin. ibi: neque enim sicut viuentium ita et defunctorum actus suspendi receptum est: quæ verba ita possunt exponi vt ideo procedant quatenus (vt constat ex tota ea lege) agitur de actibus imperfectis viuentium et mortuorum. actus viuentium ita pendentes suspenduntur quia possunt adhuc perfici vt in ead. lg. fin. explicatur et in lg. 3. §. 5. de stat. liber.: at vero actus defunctorum regulariter suspendi non possunt quia post mortem raro confirmantur si morte iusti fuerunt pendentes nota tamen quod hæc verba n̄ negant aliquando suspendi, sed dumtaxat dicunt quod non est ita receptum, seu assiduum, sicut est in actibus viuentium. Gofred. in d. lg. 8. §. 2. imo et aliquando confirmantur, et vt confirmabiles suspenduntur etiam in casu in quo non suspenduntur actus viuentium vt constat ex lg. 21. de stip. seruor. vbi non valet nec suspenditur stipulatio; iuncta lg. 108. §.

huiusmodi 3. de leg. 1. vbi in eadē specie actus mortuorū suspenduntur: et ratio differentię inter stipulationes, et legata est, quod legata fauorabiliter attendēda, cum legatarij sibi ipsis prouideri nequeāt: secus vero stipulationes, nam stipulans sibi imputet, quod inutiliter, et non recte stipulasset; cum hoc facere potuisset: vnde rigidius opināntur consulti circa stipulationes, ac circa legata: ita Gofred. in repet. ad l. si filio, aut seio 16. d. lē. 2. n. 42. et 43. et plura de suspensione actuum viuentiū, et mortuorū tradit in d. lē. 15. ex n. 36. Praeterea d. verba finalia l. fin. com. praed. possunt aliter exponi vt sit sensus; neque enī receptū est actus defunctorū suspendi, sicut neque receptū est actus viuentium suspendi: nā lī nec appellās supra duas orationes comparatas vnicuique distribuit negationē ita Gofred. in d. lē. 8. §. 2. n. 47.: quomodo accepta optime conueniunt illa verba cum immediate praecedētibus: ibi: si diuersis temporibus inutiliter dies legati cedit: et hac supposita exposit. accipienda est sententia illorū verborū cum temperamēto vt non sit receptū absolutē quoad omnes casus.

18 Igitur tam defunctorū, quā viuentiū actus suspendi possunt licet non semper licet immerito practici id negent pro quibus videndus Rojas de incompatib. 5. part. cap. 2. per totum vbi plura ad exornationē huius inuestigationis, et de intelligentia l. fin. comm. praed. et in primis actus subconditione collatus potest suspendi et post mortē perfici cum volūtas ex se fuerit perfecta solūque contulerit efectū in euētū conditionis: q^d probatur, nam legata continēt tacitā conditionē si hęreditas adita fuerit. lē. 3. de leg. 1. lē. 1. de manum. test. lē. si filio §. quidā q^do dies legat. ced. quibus non obstat l. conditiones 99. de cond. et dem. nam tacitę conditiones non faciunt legata conditionalia quoad transmissionē d. lē. 3. de leg. 1. sed dūtaxat quoad adquisitionē dominij et translationem legati, seu illius petitionē. lē. hęredis q^do dies legat. ced.

et si duo mihi legauerint seruitutē quilibet dimidiā partē legando hęc legata pendēt et perficiūtur post mortē eorū qui legata relinquerūt, dummodo uno eodēque tempore utriusque testatoris adeatur hęreditas ut constat ex d. l. fin. com. præd. v.° idem ibi et pariter eorū adeatur hęreditas q.° quia actus defunctorum conditionales (uti legata esse ostendimus) pendēt et confirmantur post mortē. eodē modo ac actus viuētiū. hoc idē confirmat d. l. 8. §. 2. de opt. leg. iunctis his quę supra diximus n. 16. et q.d legatum optionis quodammodo conditionale erat. l. 13. eod. tit. §. 23. inst. eod. et ideo sustinetur optio illius qui decesserat quasi collata fuisset deliberate in illud tempus quo secūdus optasset. arg. l. 32. de seruit. præd. rust. in fine ibi: ut pote cum in id tempus adquiratur quo proprius meus fundus futurus sit. hoc idē confirmāt quoad actus mortuorū. l. 38. §. 1. de leg. 1. l. 15. de reb. dub. ex quibus iterū infertur ultimas volūtates pendere posse quoad executionē cum ipsę, quodā modo conditionatę conferant efectum suum post mortē et cū nullū detur obstaculum earū confirmationē, exitum ve impediens.

19 His obstant l. 29. de vulg. l. 11. de cap. sed de his cap. agendū erit vide ex n.   . Respondetur ideo in casibus d. ll. dispositionē non pendere q.a filio mortuo incerti status totus ille gradus fit nullus: vide de exposit.e d. ll. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 9. lit. G. Valent. lib. 1. tract. 3. cap. 9. per totū. nūquā enī ex his ll. probabitur tabulas pupillares non pendere q.a sint actus defunctorū. videndus circa explicationem d. legum et earū materiā. Ramos de substit. tract. 3. cap. 4. d. n. 18. usque ad n. 54. ubi id 6. quęstionibus resoluit: obstat etiam l. 3. vers. ut responsum de seruit. leg. ubi actus defuncti legatū scilicet seruitutis non suspenditur. sed respondeo cum Gofred. in d. l. 8. §. 2. ideo hoc procedere quia ex duobus legatarijs, quibus seruitus legata erat uni pure, alteri

sub conditione ad fundu vtriusque communẽ, decesserat ille cui pure legata erat seruitus; quo casu nequit legatũ seruitutis confirmari; nã iste decesserat pendente conditione alterius partis seruitutis. quo casu non transmittit partẽ suã ad heredes siquidẽ partem transmittere non potuit cum certũ sit seruitutẽ pro parte adquiri non posse d. lg. 2. lg. 32. de seruit. rustic. præd. d. lg. fin. com. præd. et ideo antequã vterque collegatarius concurreret legatũ seruitutis pendebat quia poterant concurrere, at vero cum decesserit ille cui pars pure legata erat iam certum est non posse concurrere, et ideo ille qui decessit facit vt euanescat legatũ cuius confirmatio impossibilis, facta est. itaque ind. vers.º verbum decessisset accipiendum est de persona de qua proxime immediate mentio facta fuerat argum. lg. 21. §. 1. qui t.ª facer. poss. in fin. vbi vel ex vicinis scripturis. Mentio autẽ proxime, et immediatius, facta fuerat de eo cui pure legatũ fuerat, et ita accipienda sunt verba finalia d. lg. 3. ibi, quia alterius legatarij persona impedimẽto esset &. quasi diceret ideo euanescit legatũ quia non transmisit partẽ suã qui decessit, et ideo non transmittit quia alterius legatarij persona (ille scilicet cui sub conditione legatũ fuerat cuiusque legati pendebat conditio) impedimento est: hoc est facit ne totus fundus cum via vindicari potuisset: non propter legati conditionẽ sed propterea q.ª cum esset dominus etiã fundi communis efficiebat vt legatarius purus nũquã neque aliter posset seruitutem adquirere nisi simul adquireret ambo collegatarij q.d mortuo vno nequit fieri præsertim q.do legatũ n̄ transmisit.

20 Luce accipiet hæc solutio ex lg. penult. de iniusto rupto vbi ex duobus heredibus alter sine altero adire non potest, et si alter separatim adat eius aditio non pendet nec potest confirmari per alterius aditionẽ, ratio est quia et si actus possit pendere hoc non procedit q.do per externã causã impedita

vti accidit in casu d. lg. nq si ambo simul non adeunt non est delata hereditas, et ideo aditio alterutrius est nulla vtpote facta antequq hereditas sit delata: non est delata hereditas antequam vterque concurrat ad aditionẽ simul faciendã: ratio est quia hereditas non est delata antequq certũ sit tt.ũ non rupi lg. 84. de adq. hered. quod certũ non est nisi ambo simul adierunt: at vero cum simul adiunt hereditas est delata in instanti aditionis prius tamẽ prioritate naturæ. arg. lg. 75. de adq. hered. Dices quare primus non potest conferre aditionẽ in tempus quo secundus adierit exemplo. lg. 8. §. 2. de opt. leg. et aliarũ ll. maxime quia optio est actus legitimus sicut aditio l. actus legitimi ff. de R. J. Resp.r hoc procedere ex eo quod cum non sit delata hereditas nequit fieri vt actus aditionis initiũ capiat; et ideo cum incipere non possit ideo nequit conferri in aliud tempus; nq ad hoc vt actus possit pendere necesse est vt legitime incipiat. at vero in d. lg. casu nequit incipere legitime antequq hereditas sit delata. sed dices in d. lg. vterque separatim potest repudiare: q.o et adire. Resp.r in casu d. lg. fin. hereditatẽ quoad aditionẽ non esse delatã nisi q.do ambo heredes simul adeunt. sed quoad repudiationẽ cuilibet eorum separatim esse delatã (sicut aliq.do bonorũ possessio est delata quoad aditionẽ, et non quoad repudiationẽ. lg. 1. de success. edict. §. qui semel) ratio est quia quilibet potest facere vt rupatur tt.ũ, et hoc sensu potest repudiare: sed nemo ex heredibus per se potest facere vt certũ sit testamentũ non fore rupendum et ideo nemo solus potest adire, quamuis possit repudiare. neque obstat. l. 18. de adq. hered. quæ absolute asserit eum posse repudiare qui adqui adquirere possit, nam d. l. loquitur de capacitate heredũ et ad eã est restringenda, no tamẽ loquitur de modo aut qualitate; itaque quequis certũ sit eũ posse repudiare qui adquirere possit non inde infertur eodẽ modo repudiare et adquirere posse. Gofred. in d. lg. 8. §. 2. de opt. leg. in d. lg. fin. verũ est eũ posse repudiare qui adquiri potest et e contra. sed falsum est

eodem modo vtrumque facere posse.

21 Atqui potest ex novell. de nupt. 22. col. 4. tit. 1. c. 20. in princ. vbi pro regula traditur, mortem omnia solvere ex qua videtur deduci mortem solvere voluntatem, et omnia iura defuncti: nam vt verum sit mortem omnia solvere necesse est vt nihil indisolutum post mortem remaneat. Resp.r d. regulam non posse intelligi, aut accipi absolute vt constat ex fundamentis supra alegatis: solvit mors omnia quæ personalia sunt et homini adhærent sub qualitate viventis, non tamen solvit alia quæ adhærent voluntati, et personalia non sunt. neque amplius voluit dicere Iustinianus in d. cap. 20. vbi non absolute dicit mortem omnia solvere, sed comparative ad matrimonium ibi: de incessus autem matrimoniorum terminum, quæ omnia similiter solvit expectat mors: ergo quod ibi dicitur dumtaxat ad similitudinem matrimonij procedit quasi diceret Iust. Imp. mortem omnia solvere quæ similiter ac matrimonium solvit, vt proinde cum matrimonium ideo mors solvat quia est personale, et inter duas personas viventes consistit; necessario dicendum sit omnia solvi morte, quæ similiter ac matrimonium non possunt sine vita consistere. ex quo colligitur male ex hoc cap. regulam absolutam desumi; de ea tamen latissime agit Tiredius integro tractatu quem inscribit: mors omnia solvit. solvuntur igitur morte omnia iura pure personalia. leg. 12. et 13. solut. matrim. leg. 16. et 17. de re iud. leg. 25. §. 1. de pactis. leg. 42. de adim. leg. inquam de administrat. tut. leg. 28. de leg. 2. leg. 68. et 196. de R. I. vt late agit Bartolus in leg. 14. solut. matrim. et aliqua congessit Cloeneres ad tit. de R. I. in exposit. d. ll. ex quo fit vt morte finiatur ius eligendi quando est pure personale de qua re doctissime nec minus quam in alijs ingeniose D. Castilla in mat.a de iure eligendi præcipue cap. 1. et ex eadem ratione fit vt morte finiatur patria potestas. leg. 15. quando dies leg. ced. leg. 239. in princ. de V. S. §. in princ. inst. quib. modis patriæ potest. solvit. = Tutela. l. 3. §. fin. iuncta leg. 4. in

pxio de leg. tut. lg. 16. §. 1. de tutelis §. 3. inst. quib. mod. tut. finitu. Crevtt. vol. 2. disp. 8. th. 7. lit. A. vbi hanc reddit rationem: quia morte vtriusque vel alterutrius deficit relatio quæ debet esse inter duas personas = Vsusfructus morte vsufructuarij ex eadem causa extinquitur. lg. 3. §. fin. quib. mod. vsusfr. amit. §. 3. inst. de vsufructu nisi repetitus et de novo constitutus sit in favorem successorum. lg. 5. quib. mod. vsusfr. amit. iuxta tempe-ramentum lg. 14. C. de vsufr. ne vsusfructus perpetuo â proprie-tate separatus eam inutilem reddat = habitatio lg. 10. §. 3. de vsu et habit. lg. 11. C. de vsufr. = vsus. lg. 21. de vsu et habit. §. 3. inst. de vsufr. iuncto pxio inst. de vsu et habit. = et legatum in singulos annos. lg. 10. de cap. dim. denique ex eadem ratione compromissum solvitur morte sive compromittentis sive arbi-tratoris. lg. 27. §. 1. lg. 40. de recept. qui arbitr. recept. cap. ex parte cap. fin. xa. eod. nisi mentio heredum in compromisso fiat d. lg. 27. §. 1. lg. 32. §. 19. eod. d. cap. fin. exa. eod. hæc omnia personalia sunt et personæ viventi et exercenti adhærent et vt pote talia deficiunt quando persona deficit nec amplius exercitium actuum suorum habere potest. an et quæ delicta morte extinguantur. examinat Farinac. in prax. crim. 1. p. quæst. 10. ex n. 36. Caldas Pereira in comentario ad lg. vnic. C. ex delict. defunctor. =

22 Aliunde provenit quod mortuus filius nequeat exheredari. lg. 13. in fin. lg. 29. §. 10. de lib. et posth. hoc enim quod etiam ad extraneos debet extendi ideo procedit quia mortuus non est heres et ideo frustra exheredaretur sicut frustra exheredaretur qui nunquam fuisset institutus aut qui institutus fuisset in tto. nullo: et quamvis mortuus posset esse heres adhuc dubitari posset an recte exheredari posset cum omnia fere delicta quoad pœnam et accusationem morte extin-guantur. lg. 6. de public. iudic. lg. 1. de privat. delict. nisi accusatæ

pendente mortuus fuerit reus dum agitur de pena pecuniaria quo casu heredes eius tenentur saltim in quantum ad eos pervenit ne alieno scelere ditetur de quo vide leg. uni. C. ex delict. defunctorum de cuius exposit.e edidit doctum commentarium Caldas Pereira vide etiam §.1. inst. de perpet. et temp. act. et ibi interp. presertim Harpretum: non tamen recte dixeris filios mortuos exheredari non posse ex ratione asignata in leg. 33. C. de inoff. tt.o in fine ibi: satis enim crudele nobis esse videtur eum qui non sentit ingratum existimari: quia hec ratio afertur ad alium casum filij scilicet infantis exheredati in vita sua, quem non recte exheredari ideo probat d.l.33. ex eo quod exheredatio fiat propter culpam que non potest dari in eo qui consensum numquam habuit: quod autem numquam habuerit consensum probat in d. leg. ex eo quod consensus procedit a sensu non a sensu sensibilitatis hunc enim habet infans sed a sensu intelligentie ex iudicij que infans non habet. l.14. de sponsalibus cum vulgatis=

Cap. III.

23 Dices voluntatem morte extingui in nuntiatione novi operis ut proinde idem dicendum sit de alijs rebus. antec. prob. ex lg. 8. §. morte. 6. de novi operis nuntiat. ubi dicitur nuntiationem extingui morte eius qui nuntiavit: sed resp.r ~~non ex eo inferri~~ quod et si nuntiatio morte nuntiatoris extinguatur non ex eo infertur voluntatem morte extingui; siquidem etiam extinguitur alienatione ut constat ex d. §. 6. et constat in tali casu voluntatem alienantis manere: ratio autem ob quam nuntiatio morte finiatur hec communiter asignari solet, quia nuntiatio ex parte nuntiantis personalis est, ut ex lg. 5. §. si plurium dominorum 6. eod. probat Valentia lib. 2. tract. 1. cap. ult. n. 11. quam rationem communiter tradi ab interpretibus ad d. lg. 8. §. 6. aiexit Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 18. th. 3. lit. A. sed huic solutioni obstat quod ex d. lg. non inferri nuntiationem personalem esse ab intrinseco et ex natura sua et ideo plures tradunt quemque nuntiare posse pro se heredibusque suis ut testatur Jason in d. lg. 8. §. 6. col. 2. et Treutl. d. vol. 2. disp. 18. th. 3. lit. A. arg. lg. 27. §. 1. de recept. arbitr. quibus favent l. 5. quib. mod. usufr. amit. lg. 14. C. de usufr. Ratio autem ob quam nuntiatio simpliciter facta morte extinguatur ex eo provenit quia nuntiatio provenit a iure prohibendi ita ut solum possit nuntiare qui ius prohibendi habet. d. lg. 8. §. 6. hoc ius prohibendi provenit ab exercitio dominij quod exercitium amittitur morte: et ideo fit ut morte extinguatur nuntiatio. hec ratio desumitur ex d. lg. 8. §. 6. ibi: quia his modis finitur ius prohibendi; venitur enim heredi et emptori, in quos transit ius prohibendi. hec procedunt in nuntiatione ipsa non tamen locum habent quoad edictum, nam si post nuntiationem factam vivo eo qui nuntiavit aliquid contra edictum factum fuerat, tunc verum est in heredes illius qui nuntiaverat transire ius ei

quesitum experiendi interdicto demolitorio. lg. 20. §. 6. cod. vt cum pluribus docet Vallensia d. cap. n. 12. Bachov. dict. lit. A. ex quibus constat que inconsiderate Medicis in tractatu mors omnia soluit et post eũ Gothofr. in d. lg. 8. §. 6. et in glos. ad nov. 22. cap. 20. in fine lit. Z. ex txt. in d. lg. 8. §. morte 6. inferat etiam morte voluntatem solui. igitur concludendum est, nuntiationẽ ideo extingui morte quia morte extinguitur omne id quod in facto consistit, quale est nuntiatio que nullũ ius tribuit: qd transeat ad heredes vt docet Iason in lg. 5. §. qui opus 14. de nou. operis nut. Osualdo. lib. 15. cap. 45. lit. u. est enĩ preparatio tm̃ ad iuditium seu factũ preparatoriũ nullũ ius tribuens. Osualdo. et Iason qui id probat ex eo qd ante satisdationẽ, aut ante que edificari ceptũ sit, nullũ ius habet, qui nuntiauerat, vt proinde necessaria sit pretoria prouidentia, ex qua sola ius seu actio datur, que datiua est. lg. 1. §. 7. cod. neque obstat qd iuditij instantia transeat ad heredes, quia vt ait Osualdus hinc duntaxat adest mera preparatio. vel vt colligitur ex Iason in d. §. morte n. 1. hoc ius imperfectũ, seu hoc factũ, qua tale, extinguitur morte; et cum factum extinguatur, antequam aliquod ius tribuisset, necesse est dicere ex postfacto nullũ ius ex eo facto heredi competere posse. notandũ tamẽ est d. §. morte procedere denuntiatione in puro facto consistẽte, quia si interuenisset satisdatio actio ex illa transiret ad heredes nuntiantis vt recte cum glosa docent Immola et Alex qui id probat ex lg. 15. de procurat. cui non satisfacit Iason n. 9. qui contrarium probat ex duplici rat.e 1. quia satisdatio vt subrrogata debeat extingui qdo. factũ nuntiantis. 2. quia ea est interposita ob causã nuntiationis et ideo causa cesante cesare debet. an mandatũ simpliciter factũ post mortẽ aut reuocationẽ possit valide exequi qdo. mandatarius mortẽ aut reuocationẽ ignorat. agit late D. Vela in cap. fin. de procurat. in 6. p. 4. precipue ex n. 6.

24 Hinc pro Coronide libet discutere illã difficilẽ quæstionẽ an mandatũ (quod regulariter finitur morte sive mandãtis sive mandatarij §. 10. inst. de mandato l. 26. in pnõ l. 27. §. 3. D. mandati l. 15. C. cod. de qua communes interprete ad d. §. 10. inst.) possit ex volũtate expressa contrahentium ultra mortẽ extendi. de qua quæstione agunt præsertim Pinellus lib. 2. select. cap. 6. per totũ. ubi negativã prolixe tuetur. et Serna exercit. 7. et 8. ubi affirmativã contra fundamẽta Pinelli valide protegit. de ea etiã agunt antiquiores præsertĩ Paulus de castro in l. fin. de solut. dubius et anceps circa resolutionẽ aliqua subtiliter pro more tradit Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 27. th. 6. lit. C. in hac quæstione cum distinctione respondẽdũ puto; et ideo anteqũ ad alia transeamus, præmittẽdũ est. Mandatũ posse revocari quandocũque adsit volũtas revocãdi illud scilicet ex parte mandantis re adhuc integra. l. 12. §. 16. ff. mandati. l. 21. de procurat. cap. quamvis 2. de R. I. in 6. Treutl. et Bachov. d. th. 6. lit. B. sicut depositũ. l. 1. §. 45. depositi. societas l. 52. §. 9. l. 63. §. fin. pro socio. hæc omnia possunt quãdocũque revocari nec pacto contrariũ effici potest. ut constat ex d. ll. et arg. l. 12. de precario, et ideo si ille qui hæc negotia voluit ultra mortẽ extendi in vita voluerit revocare negotium utique extinguitur, quia cum tales conventiones in eius gratiam factæ sint poterit favori renuntiare, ideoque quando instituit hæredẽ quẽ vult succedere in universũ ius suum cum ex ipsa institutione tribuat hæredi omnia iura omnesque res suas cum facultate de iis libere disponendi hoc ipso quod volũtas testamẽtaria effectũ habet revocantur omnia quæ hanc facultatem diminuere possunt et sic omnia mandata circa res aut iura hæreditaria facta ut convenirẽt socij de societate continuãda cum certa persona hærede instituenda a socio et hoc pactũ constringeret libertatẽ testandi aut necesse erat ut convenirẽt de hærede incerto, et hoc modo propter incertitudinẽ vitiatur societatis pactum. Cujac. 10. obs. 15. quẽ refert Osuald. lib. 16. cap. 24. lit. D. et probat §. solvitur

inst. de societ. ibi: certam personam. quibus favet quod ait Donell. d. cap. 24. ubi quod hoc pactum ideo esset inutile quia contra regulas iuris prescribentis certam formam societatis ob mala enim quae ex societate ita contracta orirentur ipsis contrahentibus qui ea forte non providet merito ius restringit libertatem contrahendi; quod probatur exemplo societatis ex leg. 52. §. 9. pro socio ubi dicitur ideo societatem ultra mortem non posse extendi quia facultas supremi iudicij constringi non potest. et quia nequit fieri ut voluntas ultima priorem non revocet. neque obstat lex 65. §. 9. cod. ibi nisi in coeunda societate aliter convenerit: nam haec verba referuntur ad id quod ibi dicitur de societate eorum qui mortuo uno socio superstites remanserunt ait ibi I.C. morte unius socij societatem quoad omnes socios dissolvi nisi inter ipsos conventum fuisset ut etiam uno defuncto societas quoad ceteros permaneret. neque obstant l. 59. in princ. leg. 63. §. 8. ubi hoc limitatur in societate vectigalium quia in societate vectigalium adesse videtur locatio et ideo cum sint socij quoad locationem propterea haeredes tenentur usque dum locatio fuerit finita. nec quod pacto potest extendi ultra mortem extra dictum casum. leg. adeo 59. pro socio. ratio est quia necesse erat.

25 Explic. l. ult. de solutionib.

Ex his probata manet nostra assertio quoad 1. partem. ex qua ratione explicari debet l. fin. de solut. nam cum haeres succedat in omnes actiones etiam ei competit actio contra debitorem cui defunctus iusserat ut post mortem suam alteri solveret. et ideo recte dicitur non recte solvi quia mandatum morte dissolvitur, scilicet in hoc casu quo factum est super rem pertinentem ad haeredem, aliter ac in primo casu d. leg. in qua non agitur de mandato sed de novatione propter quam ius quesitum erat alteri de mandatu creditoris quo casu cum actio illa non remaneat in haereditate illius qui delegavit inde est ut non possit quidquam iuris pertinere ad haeredem quod comprobatur arg. leg. 8. C. de oblig. et act. et constat ex d. leg. ubi supponitur

in vita mandantis alteri quæsitam esse actionem ita taliter ut non posset contractus revocari, sed imo potius invito eo recte solvatur ei qui sibi dari stipulatus est, post mortem illius qui mandaverat, aut delegaverat. ita fere latius tamen Cerna in d. exercit. 8.

Explic. lg. 18. §. 2. de mort. caus. donat.

26 Hæc faciunt ad intelligentiam lg. 18. §. 2. de mort. caus. donat. Ubi chirographis traditis mandatarie Agerie ut morte sequuta ea traderet debitoribus, quibus mandans donare mortis causa volebat subsistit liberatio debitorum chirographis post mortem mandantis traditis, vel in vim conventionis vel doli exceptionem adde l. 3. §. 2. de lib. legat. ratio est quia talis liberatio subsistit ex eo quod fuit perfecta nostri donatio mortis causa nam donare volens tradiderat chirographa, et ideo omne ius a se abdicaverat in casu quo decessisset, nec convaluisset. quare ea debita non continentur in iure hæredis ut pote expresse excepta propter traditionem chirographorum aliud esset, si non essent expresse excepta veluti si creditor animo donandi mortis causa mandaverit debitori ut donatario pecuniam debitam solveret: quod mandatum morte revocatur ex ratione adducta cum illud debitum quod numquam fuit exceptum universo hæredis iure contineatur, et ad hæredem ex ultima voluntate pertineat, et ita procedit lg. 77. §. Mevio 6. de leg. 2. neque hæres tenetur huic donationi stare ut pote quæ numquam fuerit perfecta quia a traditione stipulatione re non inceperat ut exigitur teste Cerna d. exercit. 8. cum multis quos ad id refert ipse latius de exposit. d. lg. 18. et refutat solutionem Pinelli exercit. 7. n. 6. 7. 8. et 9. et idem Cerna exercit. 8. in fin. sed certum est quod (etsi mandatum finiatur ut pote factum de obligatione seu debito pertinente ad hæredes) donatio, de qua in d. lg. 77.

§. 6. sustinetur, ut constat ex d. §. 6. ubi dicitur q.d si delegatus debitor ignorans soluisset donatario inter hunc et heredem est quæstio de lege falcidia, q.d non posset fieri si donatio esset inutilis ut notat Gotfred. in d. §. 6. neque obstat q.d donationes sine acceptatione factæ nullā vim usque ad traditionē habent. lg. 10. de donat. etenim admissa hac sententia adhuc non infertur in casu d. §. 6. donationē non fuisse acceptatam, imo hoc supponendū est ut decisio recte procedat; aut saltim dicendū est, illam donationem sustineri ex voluntate testatoris ut in fine huius n.o dicendū est pro exposit.e lg. 2. §. 1. de iure dotium. et ideo sustineri quia traditio chirographorum facta mandatario transfert in eum ius agendi quare hoc mandatum potius sustineri post mortem tāquam factum de actionibus ñ pertinentibus ad heredes donantis ex quo ipse tradiderat chirographa. arg. lg. 2. cum ibi traditis a Donello C. de obligat. et act. nam licet certum sit donationē mortis causa non perfici ante acceptationē ut optime defendit Bachovius. ex ead. rat.e procedit l. 27. §. 1. mandati iuncto q.d translatū fuerat dominiū servi post mortē manumittendi, ut supponendum est ad validitatē manumissionis arg. lg. 3. C. de vendit. libert. tot. lg. 2. 3. et 4. C. de his qui a non domino, quo facto certū est hunc servum non contineri in hereditate late de hoc tx.tu et de refutandis effugijs Finelli agit Vana D. exercit. 7. n. 10. 11. et 12. = notare tamē oportet quod si constaret de voluntate testatoris ea confirmari deberet per heredem quęquis ex universalitate institutionis ad eum pertineat dominiū rei quę testator alicui voluit donare, q.d tamen non est præsumendum nisi expresse constet, hoc notabile probatur ex

d. lg. 18. §. 2. de mort. caus. donat. ubi illa donatio ex duplici capite sustinenda dicitur, et propter conventionem et propter exceptionem doli: q.° quia et si defficeret illa conventio sola voluntas defuncti quam non fuisse revocatam constat sufficit ad obligandum heredem non propter mandatu sed propter donandi voluntatem. Dices, in casu d. lg. 77. §. Mevio 6. de leg. 2. aderat voluntas donandi et tamen non tenetur heres. Resp. adfuisse non tamen perseverauisse, nam regulariter voluntas quae se explicat per aliquem modum aut actum determinatu non aliter deliberata creditur nisi ille actus suo modo perficiatur. lg. 18. de leg. 3. v.° sed vir. et ideo q.do quis donat mortis causa non aliter velle donare videtur quam si donatio fuerit traditione perfecta. hoc idq notabile apte comprobatur ex lg. 9. §. 1. de iur. dot. ibi necessitate imponi heredi consentire ei q.d defunctus fecit: in casu d. §. 1. non poterat sustineri mandatu post mortem ut pote factum super res quae ad heredes ex institutione pertinebant quia eorum dominiu non fuerat translatu in mandatarium ut constat ex d. textu, sed in hereditate remanserat, et ideo summo iure hoc mandatum revocatu apparet per ipsam institutionem; atamq quia creditur testatore voluisse res quas mandatario dederat excipere et extrahere ab hereditate, ideo dicitur quod ex benignitate, idest ex benigne coniecturata mente defuncti heres tenetur consentire donationi et eam confirmare, plura de hac §. D. Amaia lib. 2. obs. cap. 4. ubi d. lg. 9. §. 1. de iur. dot. conciliat cum lg. 2. §. 5. de donat. dicendo in d. lg. 9. nullu ius, vivente donante, fuisse translatum in donatariu, nempe mulierem, cuius dos efficitur ut ex pluribus probat d. cap. 4. n. pen. et ratione

cuius donatio fauorabiliter sustinetur in d. §. 1. ibi: ne mulier maneat indotata) Vnde maritus qui quidem est mandatarius in specie d. §. 1. non potest post mortem mandantis donare, nam mandatum donandi morte extinguitur, maxime si ante mortem non fuit perfecta donatio prout non fuit in specie praedicta, antequam nuptiae sequerentur: nam res nuptiarum causa tradita intelliguntur, ut ait Pat. Borrius de dote cap. 3. §. 2. n. 51. et antequam causa sequatur non perficitur donatio: neque si postea causa sequatur intelligitur perfecta ex tempore traditionis, cum causa id est nuptiae non retrotrahantur, quare neque res nuptiarum causa tradita, aliud enim est causa, aliud conditio, actus pendens sub conditione retrotrahitur, quia sine ea poterat existere, actus vero pendens ab euentu causae non retrotrahitur, cum non potuisset existere sine causa, ut in specie d. l. 3. §. 1. res traditae ante nuptias, non poss. nuptiarum seu dotis dici, antequam dos, aut nuptiae sequantur, neque tunc credentur antea donatae, cum nuptiae non credantur antea contractae, neque obstat verbum conditio appositum in d. §. 1. intelligendum enim est de causa nuptiarum iuxta l. 6. de condit. caus. dat. d. §. 1. ibi: in diem nuptiarum, ex quibus infertur donationem fuisse in diem nuptiarum collatam, et non traditione perfectam, vnde non antea traditum acquiritur, quam tempore nuptiarum, ut expresse probat l. fructus 7. §. fin. de iur. dot. ex quibus patet solutio ad d. l. 2. §. 5. de donat. vbi morte non extinguitur donatio, quae viuo donante fuerat traditione perfecta, quin obstet conditio, quae nihil ponit in actus existentia, sed duntaxat in confirmatione, vnde retrotrahitur ad tempus traditionis, ut etiam emptio sub

conditione contracta, mortuo emptore, aut venditore lg. 8. ver. q.d si sub conditione de peric. et commod. rei vend. Amaya d. cap. 1. n. 48. Orox de apicib. iur. lg. 3. cap. 5. n. 14. ait ideo in d. lg. 9. donationē non retrotrahi, quia voluntas donantis non fuit suspendere dumtaxat effectū donationis, sed totā donationē in tempus nuptiarum, quod est idē cum supradictis.

27 Neque his obstat lg. ubi pugnantia 188. de R. I. cum concordantibus, nam licet, ut supponimus institutio hæredis ex qua transit in hæredem volūtate testatoris omnia bona, pugnet cum mandato ex quo, vel propter quod de aliquibus bonis disponit ille qui mandat, tamen non est locus prædictæ lg. 188. de R. I. quæ solū habet locum quando volūtas nullo modo concordari potest. arg. lg. 88. ad lg. Falcid. et ideo cū in præsenti facile possit pugna voluntatis sedari, cum appareat testatorem noluisse mandatū subsistere, ut pote quia super hoc non expressit sufficienter suam voluntatem; et voluisse principaliter hæredē habere et eum succedere in universū ius suū inde est, quod nūquam detur talis pugnantia, quæ concordari non possit. De his dispositionibus repugnantibus late egi in libro de mutuo cap. 12. ex n. 2. præter quamquod negari oportet q.d in hoc casu detr aliqua pugnantia nam sine pugna potest testator aliqua legare aut donare collato effectu donationis post mortem.; non enim de eo est in præsenti quæstio: sed solū est quæstio de voluntate: in qua tenemus mandantem ex eo quod aliquando dicat se mandare post mortem non inde deduci voluisse ut mandatū ultra mortem extenderetur: nam si hoc voluisset aliter voluntatē suam ostenderet: dum enī apperte, seu

indubitabiliter constat de voluntate mandantis, aliter statuendum est: nam aut hæres cogitur aprobare voluntatem; aut mandatum durat quousque revocetur ab hærede: nunquam potest fieri ut hæres nequeat revocare mandatum quomodocumque sit factum. ratio est quia licet testator indubitabiliter contulerit mandatum ultra mortem suam certum est ipsum hoc mandatum posse in vita sua re integra quandocumque voluerit revocare ut probavimus n. 24. pone ergo quod mandatum in hac hipothesi ab eo non fuit revocatum, suppone etiam morte non revocari; atamen quis dicet hæredem non posse hoc mandatum revocare certe hoc fatendum est, nam cum sit successor et eadem potestate ac testator fungatur in rebus, quæ sua natura revocabiles sunt, quale est mandatum; inde est eum posse mandatum revocare, neque obstat lex 10. C. de solut. quia regula d. lg. procedit in rebus aut negotijs, sua natura irrevocabilibus ex quibus iam nata est obligatio; imo ex d. lg. 10. nostra asertio probatur nam ibi excipitur hæres eius qui minor erat, qui potest improbare factum defuncti ut pote non perfectum. vide de hac re Bachov. ad Treutl. vol. 1. disp. 14. th. 13. lit. D. ubi distinguit inter actum iure validum et invalidum.

28 Igitur quando quis voluit expresse ut mandatum post mortem extenderetur (neque illud contulit sub conditione alicuius actus perficiendi ut diximus in exposit. lg. 27. in qua lg. 77. §. 6. de leg. 2. quo casu deficit voluntas si actus ille non fuerit perfectus arg. d. lg. 48. de leg. 3.) si nulla coniectura adsit ex qua colligi possit mandantem per institutionem voluisse revocare mandatum; aut adsit coniectura ex qua eum in eadem voluntate permansisse apareat tunc,

mandatu post eius mortem durat, nec ipsa morte
revocatur; potest tamen revocari ab herede: hoc probatur
ex dictis n. praeced. deinde quoad primam partem probatur
ex l. 12. in fine mandati. l. 13. eod. iuncto quo in
his ll. agitur de mandato facto circa id quod non pertinet
necessario ad heredem iure hereditario. et quod constat
de voluntate defuncti non solum ex ea clausula post
mortem (quae sola non probat cum adhuc ea posita du-
bitari possit; non an mandans quando mandavit vo-
luerit mandatum ultra mortem extendi quia hoc satis
ex illis verbis constat; sed an postea voluerit illud
mandatum revocare uti facere poterat) sed etiam
ex eo quod monumentum post mortem faciendum committitur,
quod non spectat necessario ad heredem, neque heredi intelli-
gitur necessario commissum. arg. l. 12. §. 4. de relig. et
sumpt. l. 14. §. 13. eod. ibi et quid si testator funus
mihi mandavit heres prohibet &. quod attinet ad l.
12. mandati eadem coniectura militat, nam eius man-
datum collatum fuit ultra mortem, nec factum fuit circa
dispositionem alicuius rei hereditariae, quaeque iure
heredis contineatur; sed de fundo heredibus emendo:
quoad secundam partem scilicet heredem adhuc si vellit posse
revocare mandatum: probatur ex d. l. 12. §. fin. ibi:
heres eius poterit mandati agere: quod a contrario sen-
su potest non agere revocando mandatum, sed apertius
id probat l. 33. de adq. possess. ibi: aut non prohibenti-
bus heredibus. et rursus: aut cum sciret heredes id
facere nolle. ex quibus satis constat heredes posse
revocare mandatum morte non extinctum, et posse si-
militer mandatum confirmare huc facit l. 9. §. 1. de
iur. dot. quatenus ait necessitatem imponi heredi con-
sentire mandato defuncti. sed dices d. l. 33. de adq. poss.
et d. l. 9. §. 1. de iur. dot. huc non pertinere cum agat
de mandato simpliciter celebrato, quod regulariter

morte extinguitur. d. §. 10. inst. mandati. sed respondetur q^d licet in d. ll. non expresse fuisset apposita illa clausula ut post mortẽ mandatũ extenderetur, id tacite intelligitur factũ, et conuentũ in d. lg. 33. quia mandatũ fuerat illud quod ipse mandator facere tenebatur in d. lg. 2. §. 1. de iur. dot. quia ita interpretata voluntas testatoris fauore dotis, alioquin q^do non constat de voluntate defuncti et actus fuit in pendẽti morte cessat mandatũ ut in lg. 2. §. 6. de donat. arg. lg. 11. §. 8. de donat. inter iuncta. lg. 29. de man. tt.^o

29 Sed his obstat l. 14. §. si cui funeris 2. de relig. et sumpt. funer. ubi datr actio de dolo et extraordinariũ remediũ pretoris, si ille cui funeris cura mandata fuerat accepta pecunia funus ñ duxisset iuncto quod si actio de dolo datur nequit dari actio mandati lg. 1. §. 4. lg. 2. et seq. de dolo: ergo tale mandatũ post mortẽ non extenditur, licet post mortẽ fuerit expresse collatũ. Resp.^r actionẽ de dolo ñ dari quando alia actio datur quę non sit ęquè famosa: atamẽ quando datur actio ęquè famosa actio de dolo tunc utraque concurrere posse. arg. lg. 1. §. ait pretor. eod. tit. de dolo. ita Serna d. exercit. 7. n. 5. sed hęc solutio euerti videtur ex lg. 5. de dolo ubi dicitur actionẽ de dolo non concurrere cum actione tutelę quam habet pupillus circumscriptus à tutore, sed actio tutelę est ęquè famosa ac actio de dolo, et actio mandati, ut constat ex lo. 1. de his qui notãtur infamia: ergo falsa est allata solutio. Resp.^r mandati actionẽ concurrere cũ actione de dolo, ut ñ solũ probatr ex d. lg. 1. §. ait pretor de dolo. sed etiam apertius ex lg. 1. C. eod. iuncta lg. 59. §. 1. mandati. neque obstat d. l. 5. ff. de dolo quę loquitur de casu in quo dubitatur an dolo tutoris fuisset circumscriptus pupillus, et quamvis utęstissima

coniectura doli adesset tamẽ cum euidẽter de dolo non constaret ideo denegatur actio de dolo quia alia actione potest pupillus agere videlicet actione tutelę quę certo ei competit: ideoque dicitur in d. lg. 5. quod si soluendo non sit tutori id est si actio tutelę inanis ex inopia tutoris reddatur, tunc decerni debere de dolo actionẽ, quia cum aliter non possit interesse suum pupillo seruari sufficit leuis pręsumptio doli quę contra tutorem resultat eodem modo statuendum iudicatum circa concursum actionis doli, et mandati, ut si certo non constat de dolo mandatarij solũ detur actio mandati, quod probari videtur ex d. lg. 1. C. de dolo ubi dicitur fideiussorẽ consultius restituere, ne doli argui possit iuncta d. lg. 59. §. 1. ubi dicitur hanc restitutionem facere fideiussorẽ actione mandati conuentũ: q̃o n̄ statim ac tenetur mandati de dolo argui potest: facit etiam q̃d dolũ perspicuis indicijs probari debet lg. 6. C. de dolo, et quod hęc actio est datiua a p̃retore concessa, et ideo solũ datur q̃do pretori ex circumstantijs iustum visum fuerit de concursu actionis de dolo cum alijs actionibus aliqua tradit Bachov. vol. 1. disp. 11. th. 6. lit. l=

30 Uerius tamẽ responderi posset dicte lg. 14. §. si cui de relig. et arg. ex ea ducto in pũo n. prę̃ced. si notamus actionẽ de dolo dari quoties dubitatur an alia actio sit. lg. 7. §. non solũ 3. ff. de dolo. igitr cum in pręsenti casu dubitari possit de actione competente inde est recte extraordinaria remedia concessa fuisse: dubitatur enim et recte: nam ibi non adest mandatum, neque de eo constat, nam ea verba testator mandauerit accipienda sunt

de simplici electione funeratoris iuxta l. 12. §. 4. eod. quę si pecunia non fuisset accepta minime obligat rogatum aut electum d. §. 4. neque obligatur quamuis ei aliquod legatum fuisset sed dumtaxat amittit legatum. d. §. 4. sed si pecuniam accepit ab hęrede tunc dubium est qua actione teneatur: non enim tenetur actione mandati quia nullum mandatum fuerat d. l. 12. §. 4. alioquin teneretur adimplere cum hęrede non constat contraxisse mandatum: ergo solum ex acceptione pecunię teneri maxime: ergo cum dubium sit qua actione possit conueniri, et aliunde constat, eum dolo facere non funerando post acceptam pecuniam; actio de dolo, et auxilium prętoris dantur ad eum compellendum.

31 Diximus hęredem compelli aprobare voluntatem defuncti volentis aliquod beneficium cuique concedere si de eo constet etiam quando mandatum intelligitur reuocatum a defuncto per ipsam constitutionem hęredis. quod etiam extendendum est ad casum quo defunctus voluit mandatum extendere vltra mortem, neque est locus coniecturę alicui, ex qua apareat, testatorem hoc mandatum voluisse reuocare: tunc enim vt diximus mandatum post mortem durat quamuis possit ab hęrede reuocari. neque his obstat l. 11. in princ. l. 17. §. 2. de inst. act. vbi dicitur hęredes prępponentis teneri ex contractibus serui institoris, nisi expresse remouerint, et hoc quamuis mortem prępponentis sciuerint. d. l. 17. §. 3. Respondeo aliqua ratione dari quoad institoriam actionem quę non datur quoad mandatum ratio enim consistit in eo quod institoris munus publici vsus exerceant, et ideo

non possunt tacite revocari per mortē. sed eo modo revocandi sunt vt omnibus de revocatione constare possit d. lg. 11. §. 2. ibi propter vtilitatē promiscui vsus. lg. 11. §. 2. et seq. eod. et cum hęc sit lex prępositionis ideo durat quovsque hęredes institorem removeāt, et tenet contractus celebratus ab eo qui sciebat mortem prępōnentis. d. lg. 11. §. 3. quem male emmendat Fab. lr 2. coniect. 11. vbi pro sciēs reponit nesciens; fundatur emendatio Fabri in lg. 5. §. pen. eod. tit. ibi ęquum est ignorāti dari institoriam actionem. ex quo a contrario sensu deducit scienti non dari: sed facilis est solutio, nā argumētum a contrario sensu contra textus expressos nihil facit; et ideo recte Accursius in d. §. pen. subaudit maxime quasi sit sensus ęquum est maxime ignorāti actionē institoriā dari. neque pro Fabro facit lx pen. de reb. cred. vbi post mortē prępōnētis non sublingēt facta ab institore quia vt recte respondet Zasius in d. 4t. hoc non procedit ex eo quod prępōnens mortuū fuerit sed ex eo quod mutatus fuerat status servi prępositi: prętera in casu d. lg. institor erat prępositus ad sermus exercendum in quo casu non datur vtilitas publici vsus de qua in d. lg. 11. §. 2. at vero d. lx. 11. §. 3. procedit de institore mercaturam exercente cuius vtilitas comēdabilis est.

32 Arguī potest ex lg. vn. C. vt actiones ab hęred. ex qua probatur antiquitus nullā actionē ab hęredibus incipere posse; sed si mandatū post mortē exrederetur actio competeret et inciperet ab hęredibus: q° nequit admitti tale mandatū quod post mortē conferatur. hęc difficultas quam obiter et respective

ad leg. 87. §. 1. mandati tangit Cerna dubium redit Bachov. ad Treutl. d. vol. 1. disp. 27. th. 6. lit. C. ex ultimo tamen responderi posse ex doctrina Gofredi ad lo. 1. de leg. 1. ait enim Iustinianus præcepisse compilatoribus vt in veterum monumentis aderent et detraherent. vt constat ex leg. 2. C. de veteri iure enucl. §. tanta. seruato tamen nomine auctoris et ideo ita eos fecisse credendum esse vt ius antiquum ad consonantiam cum iure nouo Iustinianeo reducerent, quare dicendum est iure illo veteri propter illam regulam de qua in d. leg. vn. et in leg. 11. C. de contrah. stip. et §. 35. de leg. sed mandatum non extendi vltra mortem, eo collato post mortem, sed ex iure digestorum prout a Iustiniano emendati loquuntur SCti posse mandatum vltra mortem extendi. ita conciliat Gofredus leg. 1. de leg. 1. cum §. 3. inst. de legat. et ita in leg. 5. de reb. dub. resoluit circa legatum incertis personis relictum concilians. leg. 5. quib. mod. vsusfr. amit. cum §. incertis 25. inst. eod. Aliud tamen responderi potest exponendo d. veterum regulam prout Donell. explicat in leg. 38. §. alteri de V. O. ex n. 35. de quo postea=

33 Pro Coronide tamen notandum Pinelly, et Cernam d. locis eam rationem dare vt mandatum morte finiatur scilicet quod originem ab amicitia trahit. leg. 1. ff. mandati; sed hæc ratio non probat mandatum regulari modo celebratum morte extingui, nam amicitia morte non extinguitur: ergo neque vltimum mandatum morte extingui ex hac ratione debet, quod amicitia non extinguatur morte probatur ex leg. 33. de adquir. possess. vbi amicus apellatur qui viuens erat post mortem amici. vlterius probatur ex leg. 21. de his

quę vt indignis ibi: officiose agere iuncto quod officiu et amicitia pro eodẽ vsurpatur quod mandatũ d. lẽ. 4. mandati: sed apertius id constat ex formulis fideicommissorũ nam rogati per amicitiã et officiũ rogabantur vt toto tit. de S.C. Treb. presertim in lẽ. 78. per totam vbi plures formulę adsunt ex quibus hoc patet. quo facit inst. de fideicom. hęred. in prĩo et §. fin. d. prĩo. ibi pudore eorum, qui rogabãtur d. §. fin. vbi perfidia dicitur non adimplere mandata quasi hoc sit agere contra amicitię munus et officium. huc pertinet illud q̃d de Germanico morituro refert Tacitus annali. lib. 2. non hoc precipuum amicorum munus (ita enim ad amicos loquebatur) prosequi defunctũ ignabo questu, sed quę voluerit meminisse quę mandauerit exequi. et nequequã turbet l. 6. §. vlt. de his qui notantur. sciendum est ibi agi de mandatarij hęrede qui tenetur perficere negotium à defuncto mandatario inceptum vt in d. §. vlt. indicatur vt sentit Pinellus d. cap. 6. n. 47. mandatũ enim inceptũ non extinguitur morte mandantis aut mandatarij vt tenet Pinellus d. vbi ita regulã generalẽ de mandato morte alterutrius ex contrahentibus finiendo, limitat in casu incepti mandati seu rei non integrę.

34 Obijci potest l. 15. de indiẽ addict. ex qua constat mortuo venditore meliorẽ conditionẽ quę ei placeat afferri non posse; quamuis ea lege venditio facta fuisset vt absolute quocũque tempore melior conditio offerretur prima venditio resolui posset: g.º quia volũtas quẽtũuis deliberato non extenditur vltra mortẽ. Resp.r volũtatẽ in proposita specie non fuisse omnino deliberatã, sed pendere ab alio actu volũtatis etenim venditio ita facta non resoluitur neque ea lege fit vt resoluatur per id dũtaxat

quod melior conditio attata fuisset sed ulterius requiritur ex volutate venditoris et ex lg. conventionis, ut melior conditio placeat ex postfacto venditori is enim potest eam non admittere. lg. 2. eod. cum ergo dependeat ab illa nova voluntate actuali merito resoluitur in d. lg. 15. emptionem consistere post mortem etiam si melior conditio offeratur nempe; quia illud exercitium volutatis quod tunc erat necessarium ad resolvendā prioris venditionis dari iam amplius non potest. ita Vallent. lib. 3. tract. 1. cap. 2. n. 4.=

35 Sed Prado qui iura defuncti absque fictione continuari contendit, dum quærit subiectū reale penes quod et iura subsistant, asserit illud esse ipsum cadauer cineres materiam ve defuncti, nam inter iurisconsultos opinatur receptam fuisse sententiam quæ ait nō fieri resolutionē usque ad materiam primam, verū enim vero Prati singulare placitum admitti nequit: etenim quidquid sit de veritate illius controuersiæ quod Philosophis relinquimus certius est iuris consultos credidisse mortuo homine nihil hominis in cadauere remanere, aut saltim nō remanere subiectū penes quod iura subsisterent nisi duntaxat in anima aut volutate quod satis constat ex dictis hoc capite. iuncto quod dominium penes duos esse non potest, quare separata anima à corpore non poterat penes corpus et animam simul esse; quod etiam probatur ex eo quod mortuo boue qui legatus esset neque corium, neque caro debeatur. lg. 49. prīo de leg. 2. deberetur utique si hæc essent partes bouis, etenim quod superest ex legato deberi constat lg. 22. de leg. 1. §. 17. et 18. inst. eod. neque ex hac lg. 49. potest dici quod similiter, ac mortuo boue nihil remanet bouis, ita mortuo homine; etenim in homine datur voluntas quæ morte non extinguitur in boue autem per mortē omnia desinunt esse. Præterea id ostenditur nam dato quod non fiat resolutio usque ad materiam primā adhuc repugnat iura defuncti

penes cadauer remanere; etenim cum in vita hominis ea sint penes voluntatẽ, et voluntas morte nec extinguatur nec reuocetur, inde necessario infertur omnia iura penes eandem voluntatẽ remanere, q^d autem omnia iura sint penes voluntatẽ duntaxat, quatenus iura sunt, et quatenus ad eorũ conseruationẽ attinet probatur: tum quia possessio animo solo retinetur. lg. 3. §. sed et si animo ff. lg. 6. in fine. lg. 25. in fine de adq. possess. tum quia idem dicendũ est ex eadẽ ratione de dominio et obligatione aut actione alijs ve iuribus: nam et si neque sola voluntate adquirantur neque ea sola amittantur aut semper conseruentur, nihilominus certum est ea dum conseruantur, dum aliunde non interrumpuntur non in alio subiecto, quam in voluntate residere alioquin homo vinctus qui corporis exercitium non habet non posset de rebus suis disponere quare ex eo q^d Cardin. Caietanus in 3. part. q. 6. art. 3. §. nota. 2. affirmet animã separatã esse semi personam, non infertur q^d vult Prado nempe corpus esse semipersonam, et penes voluntatẽ esse imperium probant plures quos refert Eximius D. P. Suarez lib. 1. de legib. cap. 5. n. 8. vbi transcribit hęc verba D. Bonauenturę: voluntatẽ esse illud penes q^d residet regnum, et imperium eorum quę sunt in ipso volente, et ad huius rei comprobationẽ plura congessit Carpio de executor. lib. 1. cap. 26. ex n. 1. presertim n. 4. vbi adducit locum Ciceronis de officijs 1. ibi: Deus et ortu, et virtute antiquiorem genuit animũ eumque vt dominũ, et imperantem obedienti pręfecit corpori. hoc idem probat P. Molina tract. 2. de iust. et iur. disp. 18. n. 3. dum asserit furiosum et infantem dominiũ habere quia licet non habeant exercitium liberi arbitrij, habent tamẽ potentiam, penes quam dominium residet.

36 Ex his corruunt omnia fundamenta Prãti; ipse enim suę opinionẽ probat. 1. ex lg. 116. §. seruo de leg. 1. vbi dicitur hereditatem fungi vice personę defuncti qui eam relinquit. sed defunctus solum relinquit res hereditarias

in quibus non est hæreditas (inquit Pirado) et cadauer; q.º cadauer est hæreditas n.º immoror in defectibus et instantijs huius argumenti cui dumtaxat respondeo ex dictis n. præced. defunctum non solũ rei et cadauer reliquisse, sed etiam voluntatẽ in qua omnia iura defuncti conseruantur, quæque fungitr vice defuncti vt in d. q. 146. et alijs dicitr= 2.º arguit ex veneratione corporũ sanctorũ toto tit. D.ª de relig. et vener. sanctor. et ex eo q.d inter opera misericordiæ cura cadauerum connumeretr. ex quibus probat aliq.d hominis remanere in cadauere. sed respondeo hoc concesso nihil inde deduci pro ea sententia; n.q et si vestigium hominis in cadauere maneat cum antea iura non fuerint radicata in corpore inde sit, vt neque post mortem manere possint in cadauere, ex quo respondetr ad id q.d adducit Pirado de cadauere excommunicati, videlicet incurrere excomunicationẽ quit cum eo participat C. quicumque de heret. in 6. q.ª in eo cadauere remaneat eadẽ lepra, q.d quidẽ fateor, sed hoc duntaxat probat aliqua vestigia aliqua accidentia remanere in cadauere, ideo enĩ aliq.do punitur= nec plus probat quod erudite exornat de cura quæ gentes habuerunt circa cadauera, non enim ex inde infertur eas gentes animæ immortalitatẽ non agnouisse vt constat ex dictis hoc capite ex n. 2. quibus addi potest, ex tacito annal. lib. 2. illud dictũ Germanici morituri, qui ita amicis loquebatr: non hoc præcipuum amicorũ munus prosequi defunctũ ignauo questu; sed quæ voluerit meminisse, quæ mandauerit exequi.=

137 Quamvis in cadauere aliq.d hominis remaneat non inde infertr dominiũ possessionẽ cæteraue iura in eo remanere gaudet aliq.do iure personali vt priuilegio Canonis vt probat Pirado in d. q. 23. ex n. 178. sed hoc ideo fit quia etiam fit iniuria clerico ex percusione cadaueris: neque obstat q.d hæreditas dicatur

iacere. l. 13. §. 5. q.d vi, aut clam; q.d (ait Prado) solum conuenit cadaueri; ex quo infert solu in cadauere hereditate esse: Resp.o tamē hereditate dici iacente quatenus pendet ab aditione an sint bona vacantia nec ne. l. it. in pr.o de success. edicto. l. 73. §. 1. de V.O.: ex quibus patet quam in ciuile expositione acommodet Prado in d. l. 23. de adq. posess. n. 297. l. 50. in pr.o de petit. hered. vbi ea verba sine vllo corpore interpretatur pro eo q.d est disoluto corpore, quasi sensus illius C. sit hereditatem etiam cadauere consumpto, et in pulverem redacto iuris intellectu habere: cui expositioni obstat q.d si corpus in d. l. acciperetur de cadauere testatoris ex illis verbis sine vllo corpore a contr.o sensu, et ex tacita suppositione inferir hereditate posse dari penes plura corpora et ex pluribus testatoribus vnā hereditate confici posse: Preterea etiam obijcio d. expositioni, q.d si ea verba de cadauere loquerentur hunc facerent sensum: videlicet hereditate sine vllo corpore, seu sine vlla re q.d corporis ratione haberet cadaueris ve vestigium conseruaret posse dari; quo sensu accepta opinioni Prati mire resistit.

38 Denique Prado in d. l. 23. ex n. 133. ita arguit in corpore Christi remansit eius hereditas: ergo etiā in cadaueribus ceterorum, q.d quidē argumentū non opporteret ad hanc tractationē adduci, miror enim de viro ingenioso et pio argumentari de corpore Christi ad corpus ceterorum, et hereditate Christi cū hereditate peccatorum comparare.

39 Adversus praedicta fundamenta argui posset hoc modo. Mortuo homine ita dissolvitur compositum ut amplius homo, aut persona non sit. lg. 63. §. ult. pro socio: ergo dominium possessio caeteraque iura pereunt tanquam accessoria quae sine subiecto esse non possunt. Respondetur: iura hinc inde active et passive inesse active quatenus insunt subiecto quod ea occupat et habet in sua potestate ut usufructus ius inest homini usufructuario: passive quatenus iura occupant subiectum ut usufructus inest fundo in quo constitutus est. =

40 Si iura insunt passive modo perire modo non perire solent extincto subiecto cui inhaerent. alia enim iura insunt passivo subiecto pro ut tali modo informato, et haec extinguuntur ex eo quod forma subiecti mutetur, ut usufructus perit si domus destruatur quamvis materia remaneat. quo faciunt lg. 19. de leg. 2. et lg. peculium 65. §. quadrigae eod. ubi uno equo mortuo perit legatum quadrigae quia licet tres remaneant equi, quadriga tamen extincta fuit: in quo tantum ut hoc obiter notem, verba illa qui demonstrabat quadrigam, idem significant ac illa qui constituebat quadrigam, nam cum ex quatuor equis simul existentibus quadrigam demonstrare, seu constituere, aut facere; non enim oportet, ut illa verba accipiamus de equo principaliori quasi in defectu illius consistat ratio decissionis d. §. siquidem ex ratione illius recte deducitur idem dicendum sive equus principalior, sive minus principalis deficiat; nam utroque casu aeque defficit quadriga.

41 Alia quidem iura insunt subiecto absolute, et in materia radicantur, ut dominium inest rei dominatae, et haec iura permanent donec deletur materia rei licet forma mutata fuerit, ideoque mortuo bove meo caro, et corium vindicari possunt. lg. 21. de pignorib. act. lg. paulus 29. §. 2. de pignorib. lg. si servus 14. §. boue 2. de condit. furt. lg. si ego 11. §. fin. de publ. lg. meum 49. §. fin. de rei vindicat. lg. 22. de leg. 1. =

42 Circa iura quę insunt actiue vt vsusfructus in vsufructuario dominium in domino, obligatio in creditore, eadę distinctio obseruatur: nam vel insunt subjecto vt sic informato, et hęc sunt iura personalissima, quę personę precisse inhęrendo cum persona extinguuntur per mortę, vel insunt iura homini et non personę precisse, et tunc per mortem non extinguuntur, nam licet per mortem deffiiciat persona adhuc remanet pars eius; volũtas nepe, quę retinet illa iura non personalia: neque obstat quod persona est quę adquirit omnia iura, et quod ideo cum persona debeant extingui quin dicant conseruari penes volũtatę: nã et si persona adquirat, tamẽ adquisitiones transeũt in volũtatis potestatę. exemplo familię cuius adquisitiones, siue per filios, siue per seruos factę sint, regulariter radicantur in capite familię, id est in patre familias, et ita radicantur, vt etiam mortuis filijs remaneant in potestate patris.

43 Atqui potest: edictũ perentoriũ finitur morte. lg. 59. §. fin. de re iud. et ideo sententia lata in absentę citatum ex perentorio si fuisset lata eo mortuo erit nulla: ergo quia morte sequta amplius homo non consideratur existere quoad iuris efectus. Respondetur peremptoriũ dari propter calliditatem absentis. lg. 68. 69. et 70. de iudicijs, et ideo cum mortuus non desinat comparere ex calliditate inde fit vt efectus peremptorij contra mortuũ non currat, sicuti neque contra legitime impeditũ; et cũ deffiiciat efectus peremptorij ex hac causa inde fit, vt sententia lata contra absentem mortuũ sit nulla; siquidę cum absens non possit condemnari nisi pro pręsente habeatur, dum ex culpa abest infertur in iustam esse sententiam contra mortuum latam. neque his obstat. lg. cum quasi 30. in prĩo ff. de fideicom. libert. vbi decretũ interpositũ fauore absentis quo decernitur eum iuste abesse dicitur locum habere eo mortuo; nam cum illud decretum sit in fauorem absentis. lg. 28. 5. 14. eod. et cum excuset a comparendi obligatione ratione

iustè absentis, necessario inferta quod si iustè aberat, iustaque erat excusatio illius dum erat viuens, magis iusta sit dum erat mortuus.

44 Arguitur: ante constitutionem Iustiniani inutiles erant huiusmodi stipulationes, post mortem meam mihi dabis, post mortem tuam mihi dare spondes. §. 13. inst. de inutil. stipul.: ergo quia post mortem non consideratur in aliquo remanere hominem, alias recte sibi post mortem stipularetur. Respondetur: quod heredi stipulari possumus nam cum nos representet non reputatur alter a nobis. lg. 33. de pactis. lg. 38. §. 12. de V.O. valet ergo stipulatio siue ita concepta sit mihi, heredique meo. d. §. 12. siue ita concipiatur, heredi meo dare spondes, ratio est quia dum mihi heredique meo stipulor uti fui licere hec stipulatio est valida. d. §. 12. et consistit in persona heredis quam ex persona mea ad illum transire dicatur. d. lg. 38. §. 10. et 11. cum ergo ex persona mea non subsistat ea stipulatio pro parte qua concepta est in heredem deducitur quod idem foret si simpliciter heredi meo stipulatus fuissem. Donell. in d. lg. 38. § alteri nr. 34. et 35. vtique hec stipulatio tam nostro, quam veteri iure erat valida quam ei obesset regula veterum (de qua in lg. vn. C. vt actiones ab hered. et contra hered.) que vetabat actiones ab heredibus, aut contra heredes incipere, nam id non absolute procedebat in omnibus negotijs, sed precise restringebatur ad ea que post mortem concipiebantur vt dicitur in d. lg. vnic. quod est intelligendum et temperandum iuxta d. §. 13. inst. de inutil. vt dicamus illam regulam solum habuisse locum in stipulationibus aut alijs negotijs post mortem conceptis sub ea formula et cum ea impossibilitate, que refertur in d. §. 13. idest sub illa formula post mortem meam mihi dabis, aut sub illa post mortem tuam mihi dabis. in quibus eam inueniebat veterum subtilitas impossibilitatem, quod non poterat fieri vt mihi daretur post mortem meam, aut quod ego post mortem meam darem, intelligebant enim per ea verba precise demonstrari suppositum

viuens, seu personæ cui dari post mortẽ erat impossibile; sicut etiã erat pariter impossibile ipsi viuẽtẽ post mortẽ suam. perse dare. Donell. in d. §. 17. n. 36. et seq. a cuius opinione immerito discessit Osualdus sequtus Gifaniũ in notis ad lib. 12. cap. 17. lit. G. =

45 Extra hunc casum iure tam veteri quæ nouo ab hæredibus, et contra hæredes incipere poterãt actiones recte quæ concipiebatr stipulatio in persona hæredis, vt in eius persona consisteret vsusfructus vt in d. lg. 38. §. 12. et consequẽter quælibet illa alia actio. quod etiam probatr ex eo quod stipulatio conditionalis si pendente conditione stipulator decedat producit actionẽ post mortẽ, nã licet adimpleta conditione retro videatr obligatio quæsita, non tamen retro intelligitr quæsita, aut orta actio vt notat Donell. in d. lg. vnic. C. n. 7. iure autem Iustinianeo etiam valent stipulationes antiquitus improbatæ d. §. 13. inst. d. lg. vnic. lg. 11. C. de contrah. stip. sed quo colore, quæres huiusmodi stipulationes sublistẽtr.? Respondeo rationẽ indicari in d. lg. vnic. et in d. lg. 11. (non in d. §. 13. de inutilib. vbi nulla alia ratio præter nouam constitutionẽ has stipulationes approbantẽ asignatr) nam in d. lg. vnic. ea redditr ratio ne propter nimiã subtilitatẽ verborũ latitudo volũtatis contrahentium impediatr. quæ verba hunc habere sensũ opinor, vt cũ illa impossibilitas daretr ex suppositione quod dũ dicimus mihi post mortẽ dabis significamus dandũ fore viuẽti; aut viuẽtẽ daturũ post mortẽ suã, dum promitimus post mortẽ meã dare: quæ impossibilitas tollitr si intelligeremus verba illa in alio, sed pro sensu, nempe quod dum dico post mortẽ meã mihi dabis intelligo non qd. dabis mihi viuenti post mortẽ, sed quod dabis mihi mortuo, hoc est hæreditati meæ, aut potius hæredi meo; et similiter dum promito post mortẽ meã dare, qd intelligo, me daturũ non per manus meas, sed per

heredem meum, inquibus nulla adest impossibilitas, vt nec vere aderat antiquitus, etenim potius inuenta fuit ex nimia subtilitate, vt dicitur in d. lg. vn., quam ex veritate, ideo que recte ait Iustinianus in lg. 11. C. de contrah. stip. huiusmodi stipulationes valere iuxta tenorem dispositionis, idest iuxta proprietatem verborum ex quo deducitur proprie loquendo mortuo posse dari in persona heredis, et mortuum in consideratione esse, nec omnia morte solui.

46 Ex his satis ad argumentum responsum manet et vt obiter dicamus de legato ab herede heredis relicto de qua re agitur in d. lg. 11. et in S. 35. inst. de legat. sciendum est ideo antiquitus non licuisse ab herede heredis legare quia alienum heredem grauare non licebat cum ille non ex dispositione testatoris honoraretur. Vinnius in d. S. n. 1. quod quidem hodie valide fieri potest. nam cum in fideicomissis esset id ante permissum. lg. 5. S. 1. de leg. 3. et cum legata fuissent exequata fideicommissis necesse erat vt etiam huiusmodi legata subsisterent. licet ergo alienum heredem grauare si non vt alienus sed vt heres heredis grauetur d. lg. 5. S. 1. secus tamen si vt extraneus grauetur heredis proprij heres. lg. qui fundum 87. S. qui filios 11. ad lg. falcid. lg. fin. de leg. 3. de qua difficili materia, in qua nec se expedit, nec licet immorari, videndus Gofredus in lg. in ratione 11. S. si quis vlt. ad lg. falc. n. 9. et n. 11. cum cum tribus sequentibus=

Cap. IV.

Ubi ostenditur solã voluntatem iura hæreditaria sustinere omni seclusa fictione.

1 Quamvis in præcedentibus cap. plurima contra communẽ placitũ Doctorũ tradiderim quæ iam aliquorum indignationẽ forte provocaverint, cum in hoc cap. agamus de evertendis fictionibus hæreditatis, quas omnes, uno, aut altero excepto, in hæreditate dari, et necessarias esse, ut pote principium iuris, docent, necesse habeo lectorem monere non ideo quia solus sim meã debere contemnere sententiã, nã ut ad Tribonianũ loquitr Imperator Iustinianus in constitutione de conceptione Digestorum §. sed neque 6 non debet ex multitudine auctorum iudicari: audi eius verba aureis literis digna, sed neque ex multitudine auctorũ quod melius et æquius est iudicatote cum posit forsitam et deterioris sententia, et multos et maiores in aliqua parte superare; igitur si ratione vicerimus non ideo deneganda victoria quod multitudine adversariorum obruamur.

2 Duas fictiones in hæreditate ponunt communiter, et fere omnes Doctores. primã dicunt esse quandã personam fictam repræsentantem testatorẽ; a iure ex instanti mortis inductam eo fine ut sustineat iura defuncti usque ad aditionẽ: post aditionẽ dicunt hanc fictionẽ extingui et ex tunc secũdã fictionẽ adesse dicunt, per quam hæres retro a morte successisse fingitr. ita communem sententiã explicant Pinellus l. 1. select. cap. 11. n. 15. Vallent. lib. 3. cap. 1. de adq. hæred. n. 6. ubi de prima fictione, pluribus relatis. idem Valentia lib. 1. tract. 3. cap. 1. n. 4. et 5. ubi de utraque fictione agit. sed quia nullã ex his fictionibus in hæreditate admittimus de alterutra separatim agendum erit, et in primis de prima scilicet de ficta persona hæreditatis.

postea de secunda agendy erit. sed quia prius oportet aliqua de natura fictionis supponere ideo antequam ad probationē deveniam premittēda sunt plura sine quibus veritas ostendi non potest.

3 Aliquos omnino iuris fictiones negavisse, alios duntaxat fictiones legis Corneliæ et Postliminij concedere testatur Cotarius de iuris arte p. 3. cap. 2. sed his relictis fictionē communiter difiniunt: iuris in re posibili contra veritatem ex iusta et necessaria causa utilis constitutio. ita cum pluribus Vallentia lib. 1. tract. 3. cap. 1. n. 1. quamvis aliqui probabilius ea verba in re posibili non admitāt; contendentes ius imposibilia fingere. ita Cotarius d. cap. 2. quod probatr 1. ex lg. ita vulneratus 51. §. 8. ad lg. Aquil. ubi homo à duobus vulneratus fingitur mortuus duobus temporibus quod est naturaliter imposibile. 2. probatr ex lg. 26. de stat. hom. ubi partus fingitur editus quoties de commodo eius agitur quare multoties fingitr editus anteqūā sit animatus quo casu imposibile est, eū nasci capacē ad efectus fictionis; siquidē adhuc (et si editus tunc esset) non esset editus homo, et quamvis d. 2. argum.º ex lg. 26. de stat. hom. responderi posit leges fingere imposibilia respectu eventus, quæ tamen posibilia sint antecedēter cum potuerint aliter evenire ut dicto casu potuit fieri ut partus qui fingitr editus eo tempore conceptus fuiset ut poset naturaliter nasci quando de commodo eius agitr, ut explicat Vallentia d. lib. 3. illustr. tract. 1. cap. 1. n. 2. et melius Sarmiento lib. 2. select. cap. 1. ex n. 1. quamvis qº ita d. l. 26. responderi posit non tamē tollitr difficultas, nam in casu d. lg. evenire potest ut obstante omni imposibilitate tam antecedenti, quam consequenti partus fingatr editus. nam pone quod agitr de succesione legitima mortuo patre, relicto que posthumo non dum animato conceptoque ex die quo matrimonium contraxerat.

fingitur natus hic posthumus nondum homo, quia nondum animatus, et nihilominus fingitur homo, et capax commodi, quod est impossibile. si dicis possibile fuisse ipsum antea concipi, et fingi natum ut pote retro eo tempore conceptum, ut potuerit nasci quando fingitur natus adhuc datur impossibilitas; nam si eum in proposito casu fingimus prius conceptum necesse est ut eum illegitimum fateamur. arg. leg. 25. de capt. et postl. Deinde quamvis predicta solutio solveret difficultatem ex d. leg. 26. deductam non solvit eam quam 1º loco proposuimus ex leg. 51. §. 2. ad leg. Aquil. non obstat q.d ius aborreat, renuatque impossibilia. leg. 3. §. ex contr.º de adq. possess. leg. 188. §. 1. de R. I. nam hoc procedit secundum veritatem, et sub respectu impositibilitatis, nam quando ius fingit de re impositibili eam ut possibilem reputat ad efectum quem concedit, etenim solum agit tribuendo eodem efectu, ac illa res haberet si possibilis esset. nota tamen nos non contendere omnes fictiones esse de re omnino impossibili, sed hoc unum dumtaxat scilicet posse aliquando fingi, aut aliquas fictiones iuris dari de re omnino, tam antecedenter, quam consequenter impossibili; quare non obstant ll. in quibus datur fictio de re non ita impossibili. vide infra n. 5. et 6. ubi de eadem re aliqua tradumtur. =

4 Est igitur iuris fictio utilis constitutio contra veritatem ex iusta, et necessaria causa inducta: quod sit contra veritatem constat ex pluximis testim. leg. 32. de aper. lib. leg. 16. 18., et 19. et pasim de capt. et postl. reverss. quod sit constitutio iuris, et quod sine iuris constitutione fictio iuris non detur probatur ex eo quod efectus iuris quos fictio tribuit (nam sine efectu non datur) solum iuris potestate competere possunt. leg. 8. de castr. pecul. non enim dependent a voluntate cuius libet. d. leg. 8. a quo iure fictiones proveniant

dubitari potest. Vallentia asserit, sed non probat modo à iure civili, modo à iure gentium inductas fuisse. ita d. lib. 1. tract. 3. cap. 1. n. 1. et lib. 3. tract. 1. cap. 1. n. 2. Probabilius tamen supponit Pinell. lib. 2. selec. cap. 10. n. 6. solu à iure civili eas fuisse inductas, nam nec simplicitati iuris gentium convenire videntur: neque credi potest vnā eandē que fictionē apud omnes receptam fuisse. preterea cum fictio sit species iuris singularis non potest dici à iure gentiū aliquā fictionē inductam fuisse, nam ius singulare totū est iuris civilis. l. 16. de leg. ibi: auctoritate constituentium. Denique si ius gentium aliquā fictionē induxisset maxime postliminij et legis Cornelię, nā cum bela sint iure gentium inducta. l. 5. de iust. et iur. consequens erat vt idem ius ex quo orta sunt bela induceret medelā captiuitatis sicut idē ius inducta seruitute remedium manumissionis induxit. l. 4. de iust. et iur. ibi: sed postea quam iure gentium seruitus inuasit sequutū est beneficiū manumissionis. §. in prīo inst. de libertinis =

§ Inducitr fictio ex iusta, et necessaria causa, ex iusta causa, quia cum sit constitutio iuris necessario iustā causā exigit, nam sine iusta causa nulla constitutio dari proferrive debet: nec sufficit quod sit iusta sed vlterius exigitr vt sit necessaria ad aliquē efectum qui sine fictione dari non posset. qd probatr ex d. l. 16. de legi. de cuius expōsit. plura diximus de mutuo cap. 5. probatr etiam arg. l. 1. §. 4. de adq. poss. vbi ideo non admittitr questio de efectu prohibitę donationis inter virum et vxorem quia in specie de qua ibi agitr nulla vtilitas nullusve efectus ex prohibitione resultare poterat, et ideo cessat prohibitio legis quando efectus legislatori propositus ex eo resultare non poterat. Probatr insuper quod fictio solum ex necessitate inducatr ex l. 19. in

in p̃rio de capt. lg. 6. C. eod. tenet hanc conclusionem cum plurimis Vallent. d. lib. 1. tract. 3. cap. 1. n. 5. et nullum contradictorẽ inuenio. Ex defectu huius requisiti, fit vt minor natu non possit adoptare maiorẽ. lg. 15. §. fin. lg. 16. de adopt. lg. 23. de lib. et posth. nec dicas prouenire ex eo quod est impossibile per naturam maiorẽ natu esse filium quam sit Pater, nam licet impossibile sit, tamẽ potuit ius fingere super hoc impossibile. 1.º ex eo q.d diximus scilicet aliquando fingi super id q.d est omni respectu impossibile. 2.º ex eo q.d hoc non est impossibile antecedenter, nã potuit fieri vt is qui adoptare vult prius natus fuisset, et plena pubertate præcederet eum quẽ vult adoptare, quo casu dubiũ non est ius fingere potuisse vt supra diximus n. 3. =

6 Multũ distat fictio à præsumptione, seu coniectura, quia fingitr esse, quod non esse constat; et fingitr non esse, q.d constat esse, aut esse non posse iuxta dicta n. 2. præsumitr, aut coniecturatr id q.d certo non constat esse aut non esse non aliter tamẽ quam si ita videatur esse pro vt opinamur, itaque contra veritatem cognitam non datr præsumptio, licet detr fictio, ex quo fit, vt contra fictionẽ non detr nec admitatr probatio veritatis, nã ea probata fictio inducitur, at vero contra præsumptionẽ admititr probatio veritatis. Vallentia d. lib. 1. tract. 3. cap. 1. n. 3. et 4. Corasius d. cap. 2. de iuris arte. p. 3. ex qua fit vt non sit locus præsumptionibus in re impossibili, quamuis in eadẽ re sit locus fictionibus. hinc fit vt confessiones quæ manifeste falsæ sunt, nullũ efectũ habeant lg. 14. §. fin. de interrogat. in iure fact. et ideo si quis confitetr aliquem esse filium suum non aliter obligatr quã si etas patiatr vt confessio facta possit esse vera lg. 13. eod. in p̃rio ex eadẽ ratione procedunt lg. 14.

fictio differt a præsumptione

locati. lg. 6. de precario in quibus agitur de coniectura qdã conuentione ex tacita consensus et merito dicitur quod si furiosus aut mortuus sit unus ex contrahentibus tempore quo renouandus est contractus, non est locus coniecturæ aut præsumptioni; siquidem minime possumus præsumere eũ actu cogitare qui sentire non potest. dictæ leges ut vides loquuntur de præsumptione facienda circa id quod natura non patitur, et ideo male alegantur ad probãdum ius non fingere super id qd. impossibile est omni respectu. circa fictiones iuris plurimæ exagitãtur controuersiæ. 1. an duæ fictiones simul dari possint, sed de hac quæstione satis egi de Statu (?) cap. 5. ex n. 4. ubi dari posse sufultus auctoritate Barth. et D. Castilla contendo. 2ª an ius fingat circa ea quæ sunt facti. de qua alibi dicendum erit. etiã circa facti res dari posse fictiones ut tuentur D. Castilla in mat.ª de singularit. mut. sect. 2. n. 11. et 14. ubi optime id probat. Assin in tit. de usucap. pro empt. in rubr. n. 182. et 183. ubi id probat quo faciunt ab eo tradita. n. 165. in eadẽ rubrica. 3. difficilis etiam controuersia est, an fictiones requirant extrema habilia. de qua agunt Corasius de iuris arte 3. p.te cap. 4. et Bernardinus Brance in repetit. ad lg. 15. de usucap. denique plura de fiction. tradunt Barth. et alij repetentes ad d. lg. 15. et Gofredus ad lg. 2. ad S. C. Tertullianum.

[margin] Opinio Pradi. 7

His q̃ breuiter prænotatis quod non detur persona ficta in hæreditate nullo relato tuetur D. Balthasar de Prado in tractatu edito ad lg. cum hæredes 23. de adq. possess. (quamuis prius eandẽ fictionẽ obiter admisisset in libro ad textum in lg. si is qui 15. de usucap.) tuetur enĩ nullã personam fictam in hæreditate dari per totum illum librum ad d. lg. 23. de adq. possess. et in

alio tractatu inscripto. Proscriptio fictæ personæ hæreditatis in his opusculis plurimas probationes congerit quas breviter proponam ut alijs ab eo prætermissis locus sit ante fastidium lectoris. 1º reicit hanc fictionem ex eo quod nullam utilitatem aferat, nam ea admissa adhuc res essent nullius qd probat: quia subiectum fictum non potest esse capax sustinendi accidentia realia uti sunt iura defuncti, bona quæ hæreditaria. hoc argumentum debile est, quia falso lavorat supposito: etenim fictiones iuris quatenus sunt constitutiones iuris aliquem efectum tribuentes, sunt utique in rerum natura, possunt que sustinere iuris efectus, nam quando ius fingit aliqd esse, duntaxat fingit, ut sub eo prætextu efectum tribuat, efectus tamen immediatè provenit à iure, remotè ab æquitate, qua ius movetur ad constituendum efectum quem constituit. Plura similiter argumenta congerit Prado, quæ consultò omittimus quia facilè illis responderi potest. Pri. fundam.

8 Secundò, et rectè id probat Prado ex eo quod hæc fictio dicitur inducta à iure civile. Vallensis lib. 3. tract. 1. cap. 1. n. 3. quia sine ea ultimæ voluntates exitum habere non poterant idem Vallensis d. cap. n. 3. et seq. et certe si ea necessaria non esset non posset dici inducta, ut constat ex dictis n. 5. quo supposito sic arguit: ius testandi efectum habeat à iure gentium quod constat ex dictis cap. 2. per totum, sed tunc efectum sine ~~causa~~ fictione habebat, vel quia hæc fictio iuris civilis inventum dicitur, vel quia ius gentium nullam fictionem admissit ut diximus supra n. 4. ergo talis fictio necessaria non est. equidem eodem modo ac iure gentium possunt ultimæ dispositiones efectum habere de iure civili. Rursus sic arguit fictiones sine necessitate non dantur: ergo hæc fictio dari non debuit cum nulla sit necessitas: nam si aliqua necessitas fictionis dareter esset quia non possint conservari iura defuncti sine ea. quod quidem falsum est, inquit 2º. fundam.

Prado, quia penes materię primę cineres seu cadaver iura res que defuncti conservaret absque fictione: nos tamen qui hoc negamus ut postea dicendum erit aliter probabimus fictionę non esse necessariam nempe ex eo quod sola volutas habitualiter disponens iura res que hęreditarias et omnes suas dispositiones conservet ut probavimus cap. 2. per totų.=

3.a fundam. 9 Tertio quia talis fictio etiam si concedatur inducta ad conservąda iura defuncti ex alio capite dispositio testatoris corruere debeat, nam adhuc necessarių est, ut volutas defuncti conservetur, quod per fictionę non fit: quare in sententia eorų, qui dixerint volutatem morte extingui certè probat hoc argumentų dictam fictionę non sufficere ad effectų quę ex ea deducųt eius propugnatores. In sententia tamę asserentium volutatę morte non extingui, probat saltim hoc argumentum fictionę istam inutilem esse, nę si volutas permanet, et conservare potest dispositiones factas, necessariò infertur conservare ipsas res de quibus dispositum habet, alias frustrà disponeret de eo, quod disponere non poterat aut in tempus in quo hoc facere non poterat. Denique cum Doctores communiter dicant hanc fictionę esse rę quę succedit in ius defuncti, et ita interpretantur textų successio in lę. 24. de V. S. et lę. 62. de R. J. ita arguit Prado. hęreditas datur post aditionę constat ex dict. cap. 1. ex n. 21. sed tunc non datur hęc fictio ut omnes ferè fatentur, quamvis id neget Retes lib. 1. opusc. cap. 2. n. 25. ergo datur hęreditas vere talis sine fictione.=

fundam. 1.a Aors. 10 Sed ultra ea fundamenta quę congerit Prado, hęc possunt adduci 1.o quod hęres succedit in ius defuncti, ut omnibus est notų, sed data persona ficta, quę a morte usque ad aditionę hęredis substineat, conservet que iura hęreditaria, non succederet hęres defuncto, sed

proximè et immediatè personæ fictæ succederet: ergo talis fictio admitti non debet: ne alias necesse sit fateri hoc absurdum, scilicet hæredem primum non esse immediatum successorem defuncti. hoc argumento utitur Bachovius, qui hanc fictionem negat. ad Treutl. vol. 1. disp. 11. thes. 1. lit. D. et vol. 2. disp. 12. th. 1. lit. A. et in notis ad Wesemb. in tit. D. de adq. hæred. n. ubi hanc fictionem ridet. neque potest responderi: et si dixeris hanc fictam personam repræsentare defunctum, et ideò hæredem proximè, et immediatè succedere in iura defuncti repræsentati. non enim exinde tollitur difficultas, etenim hæres etiam repræsentat defunctum post aditam hæreditatem, et nihilominus hæres hæredis non succedit immediatè primo testatori quare idem dicendum erit de primo hærede respectu testatoris cum inter aditionem primi hæredis, et mortem testatoris adfuerit persona ficta penes quam fuerit omnia iura defuncti = Aliter potest Bachovii ratiocinium restringi: hæres non succedit in aliquod ius à morte confectum sed in illud, quod testator reliquit: ergo vel non succedit in hæreditatem defuncti, vel non datur talis fictio, etenim Doctores, qui hanc fictionem adstruunt, dicunt eam esse partem substantialem hæreditatis, ita ut deficiente ea, non detur hæreditas, quare si ea deficiat statim ac aditur hæreditas, hæres non potest dici successor in hæreditatem defuncti, sed in eius bona: rursus si bona defuncti secundum veritatem sunt nullius, necessario fatendum est hæredem secundum veritatem et seclusa fictione non esse successorem defuncti =

11 Secundo probatur quia sine fictione conservat sola voluntas obligationes activas, et passivas ut cap. 3. late ostendimus, neque ullus dixerit obligationes defuncti fictè conservari, quod etiam, nec dici posse ostendo, nam in bonis vacantibus quæ ex defectu hæredum adquiruntur fisco non datur successio l. 1. in princ. de successorio edicto. 2.us fundam. [illegible]

vbi succedere et bona vacātia ocupare opponitr, nec in hoc casu fictio dari posset vt pote nullo modo necessaria nam si eā inductā dicunt ne bona sint vacantia constat, eam non dari dum vacātia fuerint, aut bona non posse esse vacantia dum ea fictio datr. Richard. in tit. ff. de adq. hered: cap. 5. n. 5. cum alijs quos refert latius Valētia d. lib. 3. tr. 1. cap. 3. n. 15. et seq. igitr in casu quo bona sunt vacantia nulla fictio adest perquā obligationes activę et pass... conservantr, sed nihilominus non extinguuntr, etenim fiscus tenetr soluere debita illius cuius bona ocupat, et eiusdē debitores conuenire potest, vt late Richard. d. cap. 5. per totū. Valentia d. cap. 3. ex n. 15. et precipue n. 20.: ergo quia, sine fictione conservantr, alioquin obligationes extinctas non solueret fiscus: sed non potest negari quin eodē modo obligationes activę et passivę exigant subiectū in quo radicentr, ac omnia alia hereditaria bona: ergo eodem modo res iura quę hereditarię sine fictione conservari possunt=

12 3.º fundam. Auth. Tertio si resurgeret miraculose testator ex tacita conditione et quasi iure postliminij excludet heredem vt post Bartho. tenent Clarus 13. sentent. 5. tt.º q.e 86. et Zoerius in tit. de iniusto rupto n. 4. sed si per mortem amisisset dominiū, non posset dici eū bona sua recuperare debere, aut ius ad ea recuperādā habere ergo falsum est q.d ad hanc fictionē inducēdam supponitr, scilicet inductā fuisse ad conservanda iura defuncti, et quidē si fictio solū inducta dicitr ad conservanda heredibus bona defuncti quamuis ipse resurgeret n. haberet ius ad bona recuperanda etenim fictio n. defuncto neque ad defuncti commodū, sed destaviat ad commodū heredis, et ipsi heredi bona conservare dicitr: si quidē eo proposito bona conservare dicitr vt ad heredem futurū pervenire

possint. hoc argumentum confirmari potest ex plurimis supra cap. 1. 2. et 3. traditis quatenus probant bona et ante aditionem et post aditionem quamvis aliter et aliter defuncti permanere, nam si bona sine fictione permanent penes voluntatem defuncti necessario fatendum erit, hanc fictionem imo nullam fictionem necessariam fore, ex quo infertur, nec dari potuisse cum certum sit sine necessitate non dari fictionem aliquam constat autem dominium penes voluntatem existere, ut diximus cap. 3. n. et suo loco latius probandum erit scilicet cap. sicut etiam voluntas possessionem post mortem conservat ut probatur. cap. 7. et amplius ex solutione argumentorum constabit.

13 Variæ leges explicantur:

1.ª L. 13. §. 2. D. ad l. Aquiliam.

Plurime tamen leges allegantur ad probandum hanc personam fictam a iure ciuili inductam fuisse ut bona defunctorum penes eam conseruarentur. 1.º enim id probari solet ex l. liber homo 13. §. si seruus hereditarius 2. ff. ad l. Aquil. ubi dubitatur quis Aquilia agat propter seruum hereditarium occisum iacente hereditate? ratio dubitandi quia dominus nullus sit huius serui. Respondetur heredem adita hereditate agere posse. ibi: legem domino damna salua esse voluisse. dominus ergo hereditatis habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri. ex quo textu probant res hereditarias in nullius esse dominio, sed ipsam hereditatem dominam haberi, aut fingi: sed si sensus d. §. 2. bene scrutetur minime id ex eo textu probatur. non enim ibi queritur an serui illius sit aliquis dominus: sed hoc unum; an sit talis dominus, qui posit Aquilia agere. ratio dubitandi ibi: cum dominus nullus sit eius serui: hunc sensum habet cum illius serui nullus sit talis dominus qui posit Aquilia agere: quod quidem verum est nam dum iacet hereditas heres non est dominus neque vere, neque ficte ut postea probabimus: et quamuis defunctus sit dominus non est talis dominus qui posit iudicio agere ut probatur ab arg.º l. hereditas 64. in princ.º de adq. rer. dom. v.º in his sanè, et ideo licet actio Aquilie legis adquiratur defuncto ut constat ex l. 15. in princ.º D. ad l. Aquil. l. 36. §. 2 de her. petit. et ideo in d. l. 13. §. 2. respondetur: legem domino damna salua esse voluisse, et ex hac ratione deducitur decisio hec: dominus ergo hereditatis habebitur, quare adita hereditate heres poterit experiri. quis habebitur dominus? heres non enim alia persona, hinc aparet in dictis verbis. igitur sententia dictæ decisionis hec est. heres habebitur dominus hereditatis, et ideo

cum lex voluerit domino damna salva fore adita hereditate poterit ipse experiri. neque ex eo qd dicatr heredē haberi dominū infertr eū esse retro ficte dominū, non enim hoc solū ea verba, sed dūtaxat significant. verba legis Aquiliæ quæ domino pro damno dato in rebus suis actionē concedunt etiam hunc casum comprehendere, quia non solū pertinet lex Aquilia ad eum qui tunc dominus erat cum damnū datū fuerat sed etiam ad eum qui successit in locū illius qui tempore damni dati erat dominus. hæc enim solutio probatr ex lg. ob id 43. ad lg. Aquil. ibi: dominū enim lex Aquilia apellat non utique eum qui tunc fuerit cum damnū daretr: nam isto modo ne ab eo quidē cui heres quis erit transire ad eum ea actio poterit. quasi ita argueret. si l. Aquilia dum domino concedit actionē loqueretr tantum de eo domino qui tunc erat, qdo damnum fuit datum. etiam si damnū daretr in re viventis eius heres non potest agere quia non esset idem dominus cui damnum fuit datum (accipio ea verba de damno dato vivente testatore, nam si loquereta de damno dato iacente hereditate fatendū esset Iurisconsultū idē per idē probare, nam probaret heredē ideo agere pro damno iacente hereditate dato quia aliās pro eodem damno non posset agere) dumtaxat in d. lg. 43. ostenditr Aquiliā non solū de domino actu existente sed etiam de futuro domino loqui, qd confirmat arg. reversi ab hostibus, qui etiam Aquilia agere potest, quamvis tunc dū damnū fuit datū dominus non fuerit. ex quo argo postliminij deducitr Aquiliā non ideo competere heredi, quia supponatr retro ficte dominus; nam reversus ab hostibus fingitr retro dominus, et nihilominus non ex eo ei competit Aquilia, sed ideo quia in Aquilia Dominus non solū intelligitr

ille qui tunc fuerit cum damnū fuit datū, sed etiā ille qui postea fuerit dominus. ex quo nota in d. lg. 13. §. 2. non dari Aquiliæ legis actionē sub colore fictionis alicuius. si autē in d. lg. 13. §. 2. legas hæc verba Domina ergo hæreditas habetur non ex inde potest deduci eā esse ficte dominā; nam hæc verba hunc sensū habent quasi diceret JC. quatenus attinet ad interpretationē lg. Aquiliæ volētis domino damna salva fore verbo dominus hæreditas habetur, et accipitur, aut continetur; hæreditas scilicet adita quæ hæredi adeunti dominiū tribuit, nā cum sit in universū ius successio: lg. 24. de V. S. lg. 62. de R. quæ successio actu in aditione existit, et facit hæredem dominū rerū hæreditariarū, merito dicitur ipsam hæreditatē dominā haberi; quod est idē ac dicere ipsū hæredem reputari dominū post aditionē factā, et dicitur reputari non quia non sit verè dominus, sed quia dubiū erat utrū esset talis dominus qualē lex Aquilia vult, ad effectū concedēdi ei actionē. nec mirū quod hinc hæreditatē et hæredē pro eodē summamus, nā ita nos docet. l. 22. de usucap. quod necesse fuit docere alioquim ex diversitate vocabuli diversitatē rerū significatarū deducimus. lg. 7. C. de Codicil. et hæc expositio optime convenit d. lg. 13. §. 2. supposita scilicet hac lectione: ibi: Domina ergo hæreditas habebitur (quod interpretamur de hæreditate adita quatenus facit hæredem dominū) quare adita hæreditate hæres poterit experiri, nam cum tunc adquirat dominiū, et ab ipsa hæreditate fiat dominus per ipsam, seu propter ipsam actionem habet.

14 Explicatur l. 13. §. 5. D. quod vi. aut clam.

Similimodo explicanda est l. 13. §. 5. ff. quod vi aut clam in qua eadem fere quæstio eademque dubitandi ratio. et ideo ea verba: si cum prædium

interim nullius esset accipienda sunt de prędio hęreditario quod nullius est quoad exercitiū actionis, seu interdicti, hoc est quatenus respicit futurū dominum; nā licet res hęreditarię sint penes defunctum, quatenus respiciunt futurū dominiū in pendēti, et nullius sunt: eodē respectu et sensu accipiendū est q^d postea dicitr ibi: q^d eo tempore nemo Dominus fuerit: nemo scilicet qui posset agere: nemo scilicet ex futuris dominis. Prętera hęc verba huic argumenti causa ponūtr necesse vera concedit IC. sed docet non obstare etiam si vera forēt, nā sepulchri nemo dominus est, et tamen competit interdictum si quid in eo fiat vt hinc dicitr et in lē. 11. §. 2. eod. quod autē IC. in d. §. 5. nō concedat nullū dominiū esse rei hęreditarię constat ex d. §. v^o accedit ibi: accedit his q^d hęreditas dominię locū obtinet, velut in alijs codicibus reperitr, domini locū obtinet: quod est idē ac dicere hęreditatē obtinere locum dominię volūtatis defuncti, vel domini defuncti: sed dices hęreditatē obtinere locū defuncti non verè, sed fictè, et non posse aliū sensum huic legi adaptari: Resp.^o hęc verba hęreditas obtinet locū defuncti quę exhibentr in hac lē. 13. §. 5. in lē. 9. C. depositi. lē. 31. §. 1. de hęred. inst. §. 2. inst. eod. lē. 116. §. 3. de leg. 1. cum alijs non posse accipi de fictione. nam vt bene ratiocinatr Prado in d. lē. 23. de adq. possess. legatus Papę fingitr vice Papę et eius locū obtinet, et nihilominus non est neque verus neque fictus Papa. quo facit quod ciuitas loco priuati habetr. lē. cum qui 16. in fin. de V. S. quod quidem non est per fictionē sed dūtaxat significat eodē iure multoties vti ac quilibet priuatus vt in lē. 15. de S. C. Maced. lē. 1. §. 4. de ędilit. edict. lē. 81. de furtis. Prętera hęres etiam dicitr obtinere locum defuncti seu illius vice fingi. lē. 22. de vsucap. et

tamen non est fictus heres, nec fictus testator. igitur similes locutiones non possunt accipi de fictione aliqua. Vt ergo dicta verba explicemus oportet in mentem revocare hereditatem accipi, vel pro iure successionis, vel pro rebus hereditarijs. lg. 208. de V. S. vt latius diximus cap. 1. et ideo dum quesitum de capacitate rei hereditarie servorum lg. qui non nisi ex capacitate domini adquirere possunt, vt puta si servo hereditario legetur, aut ipse stipulatus fuerit, tunc dubitabatur, an talis servus capacitatem acciperet, vel a defuncto domino, vel ab herede domino futuro de quo ingens controversia fuit apud antiquiores iuris consultos vt constat ex lg. 55. §. 1. de leg. 2. Ratio dubitandi non in eo erat quod servus dominum non haberet alias nulla dubitatio foret. neque in eo quod esset in dominio ficto hereditatis, nam constat etiam inter eos qui fictionem admittunt servum absque dubio mutuare capacitatem a defuncto. d. §. 2. inst. de hered. inst. lg. 116. de leg. 1. d. 31. §. 1. de hered. inst. cum alijs. sed in eo erat. quod licet tempore iacentis hereditatis esset in dominio defuncti, et ex hac parte ab eo capacitatem accipere deberet tamen cum ipse defunctus non esset percepturus adquisita per servum, id est non essent ad commodum defuncti, sed heredis, et preterea cum ad tribuendam capacitatem servo exigeretur quoddam exercitium capacitatis, cuius exercitij incapax defunctus inveniretur, ideo videbatur dictum non posse tribuere capacitatem servis suis ex parte heredum obstabat quod tempore iacentis hereditatis non essent domini, vt proinde nec possent tribuere capacitatem servis hereditarijs, in hoc dubio, post multas varietates obtinuit servum hereditarium accipere capacitatem a domino vt postea latius cap. seq. explicabimus et interim probatur ex d. lg. 55. §. 1. de leg. 1. lg. 34. et 61. de acq. rer. dom. lg. 28. de stip. servor.

his suppositis dico eas locutiones: hæreditas locum domini; vicem personæ defuncti obtinet, sustinet et similia accipienda esse de hæreditate prout est quid universale respectu dicens ad res hæreditarias non quatenus vel per servum hæreditarium adquirendum est, vel propter aliquam aliam rem hæreditariam adquirenda est aliqua actio. ut Aquiliæ remedium, expilatæ hæreditatis, actio iniuriarum et sic de alijs. tunc hæreditas quoad omnes res in se contentas loco domini habetur gerit vices defuncti, eius personam induit sustinet et representat. et ita explicantur quoquot leges ita loquuntur =.

19 Eodem modo explicatur quod dicitur in l. 31. §. 1. de her. instit. quia creditum est hæreditatem dominam esse, quod non potest accipi de fictione, nam quod fingitur non creditur. dicitur creditum quia ita firme, ita apud Iurisconsultos statutum erat: Vide Cantolaria interp. 22. n. 5. ubi ad alium propositum ita ferme exponit hoc verbum creditum hæreditatem esse dominam, non quia ipsa hæreditas dominium sui ipsius vel singularum rerum habeat. sed quatenus voluntas defuncti per quam hæreditas subsistit est domina. et hoc est sustinere personam defuncti. l. 34. de adq. rer. dom. sumitur enim aliquando, figurate scilicet, hæreditas pro voluntate defuncti a qua sustinetur, quod fundatur in l. 1. §. 1. ff. si is qui tt.o liber esse ubi agitur de servo hæreditario furante rem hæreditariam, et dicitur furti actionem posse dari servo quia Dominus, domina ve, non possunt habere furti actionem cum servo suo (ex quo supponitur hæreditatem esse dominam; nec solum supponitur, sed expresse dicitur ibi quia hæreditati furtum fecit hoc est dominæ) ex his verbis constat hæreditatem improprie accipi pro voluntate a qua hæreditas habet esse et subsistere: nam cum dixisset IC. quia hæreditati furtum fecit, ut denotaret ibi,

sens. cit. l. 31. §. 1. de h. i. / l. 34. / Dorili. notit.

improprie verbũ hęreditati ~~[illegible]~~ ~~fecit~~ summi
statim explicuit, quid sub eo verbo intelligeret, et
ideo adiecit illã explicationẽ hoc est dominę. quo
facit quod bonorũ possessio quę hęreditati compa-
ratr. id tribuit dominiũ commoda et incommoda
et ideo quia hęc omnia bonis sunt coniuncta. lg. 1.
de bonor. possess. qᵈ non potest intelligi quia
bona habeant dominiũ super se ipsa, sed quia
sunt in dominio testatoris quod simul cum
bonis transit ideoque activũ pro passivo accipitur.
Denique hęc expositio sine dubio admitti debet ex eo
qᵈ cum hęreditas recte accipiatr pro universo iu-
re defuncti si hoc ius in concreto et pro ut adhęrẽ
defuncto inspiciatr idẽ est dicere defunctũ esse dominũ
ac hęreditatẽ esse dominę: nam hęreditas est univer-
sũ ius defuncti dum iacet penes defunctũ existens:
ẽº si defunctus est dominus ipsa hęreditas est domina.
ẽº recte creditũ ut in d. lg. 31. §. 1. asseritr hęreditatem
esse dominę si hęreditas in concreto defuncti accipiatr
ideo idẽ est dicere hęreditati adquiri ut in pñº inst.
de stip. servor. ac dicere defuncto adquiri. lg. 35. de
stip. servor. iuncta lg. seq. lg. 61. de acq. rer. dom. et
hoc est qᵈ dicitr in d. lg. 61. de adq. rer. dom. hęredita-
tem scilicet in multis partibus iuris pro domino
haberi, et quia pro domino usurpatr, et quia eius
capacitate servi hęreditarij funguntr. hoc idẽ fulci-
tur ex lg. 22. de fideiussorib. ubi dicitr hęreditatem
personę vice fungi sicut municipium decuria
et societas: sed municipium decuria et societas
funguntr vice personę, seu pro persona habendur
quatenus constituuntr à pluribus personis per modũ
unius et colective consideratę, ita taliter ut his
personis penitus deficientibus ea extinguantr: ẽº eliã
hęreditas sustinet personę defuncti et creditr domi-
na quatenus subsistit ex voluntate defuncti: qua

permanente hæreditas permanet et qua defficiente defficeret. =

16 Hinc explicanda erit l. si ante aditam 15. de interrogat in iure fact. ibi: si ante aditã hæreditatẽ servũ hæreditariũ meũ esse respondeam, teneor: quia domini loco habetr hæreditas. Dubium est an hinc agatr de hærede qui ante aditã hæreditatẽ id rendit; an de extraneo qui id confessus fuit antequã hæres extiterit: potest enim hæc l. de utroque accipi cum in utroque casu confessio obliget, obligat enĩ confessio falsa dummodo sit possibilis de iure et facto. lg. 12. et 14. in fine eod. Ratio dubitandi ex his ll. petenda erit, nam videbatr ista confessio ita falsa ut non posset ante aditã hæreditatẽ esse vera, sive ab ipso hærede instituto, sive ab extraneo facta fuisset talis confessio, nam ante adquisitã legitime hæreditatẽ servus solũ potest esse defuncti. Ratio decidendi ob quam confessio ista non sit impossibilis de iure aut facto est illa quia domini loco habetr hæreditas. quasi diceret quamvis res hæreditariæ sint quodãmodo nullius, non tamen ita nullius sunt ut non sint in alicuius dominio testatoris scilicet, et cum sint in dominio alicuius iam constat non esse ita nullius ut non possint fieri alicuius, nã qd est in dominio testatoris etiam posset absolutè esse in dominio alterius, igitur si hæreditas loco domini habetr, seu eius vicẽ gerit et ideo in eius dominio est constat illã confessionẽ non esse ita falsam ut non potuerit fuisse vera: non enim tenetr qui confessus fuit ex eo quod textus loquatr de hærede instituto qui est retro dominus, hoc enim admiti non potest nam etiã servus reversus ab hostibus est retro domini, et hoc non sufficit ut teneatr pro confessione facta dum apud hostes erat ille servus ut constat ex lg. 16. eod. = { Sensus. lg. 15. d. t. contra. reg. d. Iun. facienti.

videatur l. 65. §. 1. ... l. 2. et 4. de hered. instit.

17 Sed adhuc obstat l. 55. §. 1. de leg. 2. ubi agitur de servo hereditario et dubium excogitatur an a defuncto, an ab herede capacitatem accipiat. Resolvitur tamen servum capacem fore quamvis heres institutus sit incapax et ideo hæc resolutio procedit quia nullus est dominus in cuius persona de capacitate quæri possit (concordat l. eius §. 61. de hered. inst. quæ eodem modo explicatur) ex quibus verbis inferunt adversarij nullum verum dominum esse. Respondeo tamen Caium in d. l. præcipue disputare an incapacitas heredis noceat adquisitioni servi hereditarij: et eo respectu respondere servum adquirere nihilominus sine ullo impedimento posse, quia ex parte heredum interim nullus est dominus; de cuius capacitate quæri posset: neque possunt ea verba referri ad heredem, et testatorem, 1º quia sine domini alicuius capacitate servus nequit adquirere. 2º quia pugnaret cum plurimis iuribus in quibus dicitur quoad servos hereditarios quæri de capacitate Domini defuncti. neque potest dici JC. supponere fictionem et ideo asserere servum adquirere posse sine ullo impedimento propter capacitatem quam a persona ficta accipit: hæc enim intelligentia ultra quam est divinatoria, etiam est falsa, nam etiam supposita fictione quæritur de capacitate testatoris, neque aliter procedit adquisitio quam si testator capacitatem tribuere possit ut constat ex ll. supra allegatis, et nemo dubitat. eodem modo explicanda est l. 3. in princ. de peculio iunctis his quæ diximus n. 13. et 14. cum enim Pretor polliceatur actionem pro contractibus gestis cum illis qui sub alicuius sunt potestate. l. 1. eod. dubitatur in l. 3. an supposito quod potestatis verbum ad servos et filios pertineat. d. l. 1. §. 5. sub eodem verbo comprehenderentur servi hereditarij, et contineri respondetur in l. 3. ex quo infertur potius pro nostra sententia servum hereditarium esse in potestate defuncti, nam de herede adhuc non est dubium cum ipse non sit dominus nec potestatem habeat. d. l. 61. de

adq. rer. dom. lg. 116. §. 3. de leg. 1. cum alijs supra adductis:
ex quo constat ea verba d. lg. 3. et si in nullius sit potestate non posse absolute accipi, nam si edicty loquitur de his qui sunt in potestate mala sub verbis edicti co-prehendits qui in nullius potestate est: igitur cum limitatione et moderatione sunt ea verba accipienda videlicet de eo qui in nullius sit potestate quoad potestatis exercitiu: quamuis sit in potestate habituali modo.=

18 Defunctus retinet dominiu et potestate, sed quia exercitium dominij, aut potestatis amplius per morte non habet, quia hoc exercitium prouenit a volutatis exercitio et ambulatione; volutas aute soly vsque ad mortem, neque amplius dicitur ambulatoria lg. 4. C. de sacros. eccles. lg. 4. de adim. leg. inde est, q. post morte viei dominiu nec potestate quoad exercitiu habeat, et hoc sensu res defuncti dicuntur nullius, et in nullius potestate, vt in d. lg. 3. de peculio lg. 1. §. 1. de rer. diuis. quomodo possut explicari l. 13. §. 5. quod vi aut clam. lg. 55. §. 1. de leg. 2. lg. 3. §. 1. de iur. dot. et quotquot similiter loquantur, vt optime Prado in d. lg. 23. de adq. possess. sed d. l. 1. §. 1. de rer. diuis. vbi res hereditariæ dicuntur nullius, aliu sensum habere potest, vt scilicet dicantur nullius habito respectu ad futuru dominiu. ita enim res sacræ religiosæ et sanctæ dicuntur nullius. d. lg. 1. §. 1. iuncta lg. 182. de R. I. et constat ex eo quo initi. inst. de rer. diuis. vbi de his rebus agitur eatenus res diuiduntur quatenus possunt pertinere ad adquisitione privo inst. eod. et ideo vel dicuntur nullius quia a nullo possunt adquiri vt res sacræ, vel quia a nullo adhuc adquisitæ sunt vt feræ bestiæ. lg. 3. de adq. rer. dom. §. feræ 12. inst. eod. eode sensu res hereditariæ possunt dici nullius, quatenus licet sint in dominio defuncti respectu ad adquisitione viuentiu sut adhuc nullius, seu a nullo viuentiu adquisitæ; vel possut dici nullius quia respectu viuentiu non possut ab vllo

Quo sensu res hereditariæ nullius dicantur. ... [illegible]

extra eos, qui ad hæreditatem venire possunt adquiri, occupari ve, et ideo magis dicuntur nullius ad similitudinem rerum publicarum, quæ dicuntur nullius secundum quid: quæquis sint ipsius universitatis aut Populi, ideo dicuntur nullius quia in nullius privati potestate sunt. d. lege. 1. in principio de rer. divis. eodem modo dicendum erit de rebus hæreditariis, eas scilicet esse in dominio defuncti; et dici nullius, quia in nullius viventis dominio sunt, et quia exceptis certis personis, omnibus interdicta est eorum adquisitio. igitur ex eo quod dicantur nullius non infertur non esse in dominio defuncti sicut res universitatis dicuntur nullius et non inde infertur nec deduci potest eas non esse in dominio universitatis d. lege. 1. in fine principii lege. 1. §. 1. quod cuiusque universitatis.=

19 Quod atinet at l. 9. §. 1. de iure dotium (ultra quam potest ex dictis n. præced. disolui. iunctis his quæ diximus de mandato ultra mortem cap. 3. ex n. 24. præsertim n. 26.) ostendam eam potius nostram quam adversæ tueri sententiæ. agitur in d. lege. 9. §. 1. de mandato et an per mortem extinguatur. casu quo aliquis res tradiderit, ea lege ut nuptiis sequutis dotis esse inciperent. quæritur an eo qui tradiderat mortuo, et post eius mortem nuptiis sequutis res efficiantur dotales: ratio dubitandi quare videatur negative respondendum, his verbis proponitur: et vereor ne non possint in dominio eius effici cui datæ sunt quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum et cum sequitur conditio nuptiarum iam hæredis dominium est a quo discedere rerum non posse dominium invito eo fatendum est. Ratio decidendi quatenus atinet ad efectum huius voluntatis constat ex dictis cap. 3. n. 26. nunc videamus dumtaxat, an ea verba probent in hæreditate non esse dominium. et credo probare dominium rerum hæreditariarum esse penes defunctum, ibi: quia post mortem

incipit dominium discedere ab eo qui dedit: non dicit tamen dominium post mortem discedere, sed incipere discedere, quę diversa sunt, nam principium actus, non est actus perfectus, neque dum incipio alienare non amitto dominium, sed dum alienatio perficitur, tunc amito, et dum perfecta est. adhuc dominium non est amissum sed amititur (de hac re plura scitu digna tradit Gofredus in leg. in insulas ff. solut. matr.) quod probo, nam si dum incipio alienare amissum est dominium, nullum amplius dominium habeo quod possit transferri in instanti in quo alienatio perficitur igitur ea verba probant post mortem adhuc esse dominium penes defunctum alioquim si tunc non esset, nec posset incipere discedere post mortem, nec possit discessus perfici eo tempore quo dominium non haberet defunctus. dicitur incipere discedere quia dominium ex volutate defuncti morte irrevocabilis facta et consumata est in via ad heredem ad quem incipit pergere, non tamen pervenit neque civiliter usque dum adquisita sit hereditas de quo casu accipienda sunt illa verba, et cum sequitur conditio nuptiarum in heredis dominium est, nempe quia supponitur aditam fuisse hereditatem ante nuptias. nota tamen adversariorum fictum dominium negari in leg. 1. in princ. de rer. divis. leg. 13. §. 5. quod si aut ctam. leg. 55. §. 1. de leg. 1. leg. 3. de peculio. nam si daretur hoc dominium quod necesse est ut aliter accipiantur ne toties improprie loquutos fuisse iuris consultos dicamus. =

20 Non obstat quod monachi ex morte spirituali amitant dominium aut ingressi de sacros. eccles. nam hoc non fit quia mortui reputentur sed quia voluntarie omnia alienant in perpetuum cum se omnia que sua dicant Deo. ut in d. auth. et in novell. 78. ex qua precipue desumitur. neque obstat exemplum mortis civilis, quia non in omnibus assimitatur morte naturali maxime quando aut loquimur de servis, et hi

vel iure naturali bona in sua ciuitate retinet, et vbique adquirunt eodē iure aut iure postliminij, aut mors ciuilis euenit per pœnam, et tunc per sententiā bona ab eis auferuntr. ex his omnibus constat fictionē non esse necessariam neque vtilē cum sine ea ttū et omnis vltima dispositio subsistat, vt frustra laborēt aduersarij in recensendis necessitate, et vtilitate huius fictionis. neque ad rem faciunt quæ de Orcino liberto tradit Valentia lib. 3. tract. 1. cap. n. 4. Fateor enim Orcinum libertum dici qui directā libertatem consequitr tāquā non hæredis sed ipsius testatoris libertus. lg. 3. §. plane de leg. tut. lg. 4. §. 12. lg. 30. §. quærendū. lg. 49. de fideic. libert. iunctis lg. directis C. de test. manum. §. qui autem inst. de singul. reb. sed quid inde? nam constat Orcinū dici ab orco, quia directe manumissus est ab eo qui ad orcum tendere credebatr, imo potius ex hac nostra sententia fulcitr, nā si post mortē Orcinus libertus sit directe ab ipso testatore. ex hoc infertr testatorē dominū esse post mortem cum ab eo tunc serui manumissi dicantr: sed dices Orcinum libertum dici nullius, qd ita probatis, qui ex S.C. fit liber nullius libertus. dicitr lg. 4. in pñio de bon. libertor. sed ex S.C. fit Orcinus libertus. lg. §. qui sine manum. ergo is dicitr nullius libertus: Rꝭ
Respondeo dupliciter dici libertum Orcinū, vel quia à testatore manumittitr directo, et hic proprie Orcinus: vel quia huic similis est quatenus non manet libertus hæredis præcisse ex ipsa manum. vt in manumisso ex S.C. nō vero à testatore et hic recte dicitr nullius quatenus neque ab hærede, neque à testatore fit libertus, et recte dicitr Orcinus, nam manumittitr ob necem detectā ex volūtate testatoris coniecturata. alia pete ex C. 1. et S. non obstat quod hæreditas nullo in loco esse dicatr vt colligit Vallent. ex lg. 86. de leg. 2. lg. 41. §. legauerat. lg. 92. pñō de leg. 3.

lg. 1. de vsufr. legato non enim ex eo inferir esse quid fictum vt vult Vallentia; etenim dicitur in nullo loco esse quatenus sumpta pro iure succedendi est res incorporalis. lg. 1. de diuis. rer. et eatenus nullo in loco est quia locum non occupat. quod quidem patet, nam de omnibus rebus incorporalibus dici potest nullo in loco esse, etenim in iure consistunt, et tangi non possunt vt docemur in tit. inst. de reb. corp. et incorp., et tamen fictae non possunt dici, siquidem seruitutes, obligationes, et huiusmodi alia in rei veritate subsistunt. =

CAP. V.

Rerum dominium testatoris adstruitur reiecta haereditatis retrofictione: et obiter, non leviter tamen de adquisitione servi haereditarii disceptatur

1 Voluntatis testatoris defuncti esse subiectum penes quod subsistit dominium rerum suarum verè, et omni seclusa fictione satis ex capitibus praecedentibus constat. libet tamen nunc id probare 1.° ex l. 14. de relig. et sumptib. §. 1. ibi: satius est enim de suo testatorem funerari: quo quia suum defunctus habet. quo facit §. 7. d. l. 14. à contr.° sensu in illis verbis: ut suo sumptu fecerit: ut notat Gothofred. in gloria et id aperte confirmatur ex d. l. §. 13. ibi de suo enim expedit mortuos funerari = 2.° ex l. 1. §. 6. de separat. ibi: ut perinde testatoris bona veniret atque si haereditas adita non fuisset: quo etiam post aditam haereditatem dantur bona testatoris. haec enim non possunt de fictione explicari, nisi divinatorie interpretentur, etenim Iurisconsulti in his legibus sine ulla nota improprietatis loquuntur. 3. hoc idem probatur ex effectu prohibitionis alienationis factae per ultimam voluntatem quae sufficit ut possit revocari alienatio aliter, ac evenit in prohibitione per conventionem facta de qua materia Vallentia in tit. de legat. 1. tract. 2. cap. 2. et latè Asin. de usucap. pro empt. ad l. 2. et ult. C. eod. praesertim ex n. 37. quam distinctionem omnes ferè admittunt, licet in reddenda ratione differentiae laborent: haec enim petenda est ex nostra sententia: et ideo diversitas prohibitionis testamentariae et inter vivos procedit, quia inter vivos prohibetur alienatio et nihilominus transfertur penitus dominium cuius natura est dominium posse de re sua disponere ideoque cum transferatur dominium, et hoc principaliter agitur

In voluntate omnia iura haereditaria conservantur.

V. Probr.

necessario ~~ergo~~ transferri ius alienandi: quare ille qui de non alienando conuenit solum obligatur ex contractu ad interesse: & contra qui fideicommissum prohibita alienatione relinquit non transfert dominium plenum sed vsufructum, semper retinet dominium donec remaneat aut sperantur vocati ad illud percipiendum, et ideo fit vt nullus ex possessoribus dum alius futurus sperat non possit alienare; nempe quia ipse non est dominus et hinc fit vt in maioratibus seu fideicommissis quilibet successor accipiat fideicommissum seu bona maioratus ab ipso qui hæc instituit, vt omnes fatentur propter leg. vnum ex familia 67. §. si falcidia 1. de leg. 2. leg. Lucius Titius §. Damus eod. Richardus cap. 28. in rubr. ff. de adq. hæred. n. 67. Molina de Primog. lib. 1. cap. 9. et passim. quod non posset fieri si tunc temporis qui maioratum instituit dominus non esset. maxime quia hinc nulla fictio ex doctrina aduersariorum locum habet, etenim adita hæreditate fictio prima manere dicitur. secunda autem qua tunc incipere dicunt, duntaxat effectum habere dicitur a quo ad actus gestos iacente hæreditate: quare necessario hi Doctores fateri debent, maioratum subsistere post mortem aditionem, aut equiualentes sine vlla fictione. igitur idem dici posset de dispositione, quia si fictio non est necessaria in maioratibus, neque in hæreditatibus necessaria erit cum possint iura eodem modo vtrobique conseruari.

2 Probatur insuper ex eo quod post mortem commoda et incommoda defuncti conuergitur. leg. 1. 2. et 3. de bonor. possess. leg. 41. v.° quod si stipulatus D. si cert. pet. leg. 12. princ. de const. pecunia. leg. 1. §. item si seruus 22. depositi. leg. 13. §. seruus ad leg. Aquil. leg. 116. §. 3. de leg. 1. cum

Vlterius probatur argumentum.

alijs plurimis: Probatur ex eo q.d servus adquirit ex capacitate illius qui tempore adquisitionis eius dominus sit. l. 12. §. 2. de leg. 1. et constat servum hæreditarium adquirere ex capacitate testatoris. §. 2. inst. de her. inst. et ptũo de stip. servor. l. 61. de adq. rer. dom. l. 32. §. fin. cum l. seq. eod. cum mille alijs: ergo testator dominus est servi hæreditarij: Respondet aliquis testatorem esse fictè dominum illius servi seu personæ fictam esse dominæ nomine testatoris eius vicem gerendo cum quia repræsentando; quare fit ut non aliter eum repræsentet, ac erat tempore mortis, et hinc provenire ut quæratur de capacitate testatoris ne fiat ut capax repræsentetur qui incapax esset etiam si mortuus non fuisset: sed contra hanc quam unicam evasionem propositæ probationis invenio. ita insurgo; si hæc solutio esset vera servus hæreditarius non a defuncto sed a fictione iuris capacitatem acciperet, sed hoc est falsum, nam ab ipso defuncto capacitatem accipit: ergo dicta solutio contemnenda erit. Minor probatur ex d. l. in eo 33. §. fin. de adq. rer. dom. ibi ex persona defuncti repræsentata servum capacitatem accipere etenim adhuc concessa fictione, non acciperet servus capacitatem ex repræsentata persona, sed ex ipsa fictione repræsentante et capacitatem tribuente. =

3 Fulcitur assertum ex l. 8. de servo corrupto. ubi servus dicitur exire ab hæreditate si legatus fuerit. l. 1. §. 5. si is qui tt.º ubi dicitur mutari dominium in legatarium. l. 80. de leg. 2. ubi dicitur hæreditatem ita dominum legatarium facere sicut et facit, hæredem, et postea ibi: dominium q.d hæreditatis fuit ad legatarium transeat: quæ omnia efficacius probabunt, si ostenderim in legatarium rerum — Paritas legati adducitur.

dominium transire, ut statim praestato: sed dices haec omnia non probare dominium esse testatoris, sed duntaxat hereditatis, et ideo accipienda fore de dominio fictae personae. ita enim responderi posset. non tamen recte, nam ut cap. 4. n. diximus hereditas pro ipsa voluntate defuncti summitur figurate, quod confirmo ex d. leg. 80. de leg. 2. ubi dicitur repudiare voluntatem pro eo quod est repudiare legatum; igitur econtra legatum pro voluntate usurpari debet. comprobatur necessitas huius expositionis et veritas huius probationis ex d. leg. 80. de leg. 2. ubi dicitur dominium rei legatae transire recta via in legatarium hoc est a testatore in eum; igitur, quia nulla interponitur fictio quae dominium rei legatae accipiat: quod apertius constat ex leg. a Filio 64. de furtis in fine. ibi recta via ab eo qui legavit ad eum cui legata sunt transeunt. sed his respondebis eatenus haec vera esse quatenus legatarius est ficte retro dominus a tempore mortis ut plures tenent, nec sine fundamento. attamen contra hanc solutionem alia nec minus probabilis militat opinio quam esse omnino veram ostendam ex sequentibus. =

De actionib. pro legato legatario dandis.

4 Potest legatum peti tribus actionibus personali reali et hipotecaria. §. sed olim 2. inst. de leg. leg. 1. C. com. de leg. de quibus agitur in d. §. sed olim ubi communiter interpretes. Donell. et alij ad leg. 1. dubitari solet an hae actiones repugnent principijs iuris ex eo quod in civile videtur ut ego intendam rem mihi deberi si res mea est, et econtra quod rem vindicare possim ut meam dum ea mihi debetur. Menisingerus in d. §. aserit hoc non repugnare et afert nonnulla exempla in quibus hoc idem inconveniens reperitur sine pugnantia iuris. Vinnius in d. §. hac actiones concurrere electiue. leg. 84. §. ult. leg. 108. §. 2. de leg. 1.

lg. 76. §. 8. de leg. 2. et ita taliter ut si legatarius agat vindicando res non videatr retro debita. sin autẽ personali actione agat res non videatr retro in dominio legatarij eandẽ solutionẽ et doctrinã tradit Gofredus in repetit. ad lg. servus §2. de her. inst. ex n. 78. quam apertius explicat in d. lg. cum filius 76. §. 8. de leg. 2. ex n. 2. constat ergo legatariũ in legato vindicationis posse petere legatum vindicatione neque obstant. lg. 16. in fine 2. qui tt.a facere poss. lg. 9. §. 1. de reb. cred. quia non tenet argumentum a contrario sensu, neque ex eo quod actio personalis in his ll. competere dicatr, inferri potest aliã actione non competere. ut eo latius explicat Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 13. th. 7. lit. A. maxime cum certo constet etiam terminis habilibus suppositis, vindicationem legatario competere. d. §. 2. d. lg. 1. C. com. de leg. lg. 77. §. 3. de leg. 2. lg. 1. §. 5. si is qui tt.o ubi q.d dominiũ ei competit. lg. 8. de servo corrupto quę idem confirmat sicut lg. 80. de leg. 2. lg. 64. de furtis lg. 10. §. fin. de condit. furtiva. lg. 5. §. 8. de reb. eor. lg. 3. §. 2. de leg. 3. Bachov. d. lit. A. ex quibus constat legatariũ esse retro dominũ. sed ingens controversia est an sit retro dominus a tempore mortis, an vero a tempore aditę hereditatis. sed verior mihi videtr sententia quę asserit eum non esse retro dominũ a morte testatoris, sed ab adita hereditate: nec tunc esse dominiũ incipere irrebocabiliter, imo legatariũ incipere dominiũ rei legatę per vindicationẽ habere ab adita hereditate sub conditione si legatũ agnoverit, et hanc sententiam tenuit Gofred. in lg. 2 q.do dies legat. cedat. et in lg. servus hered. §2. de hered. inst. et post Cujacij Suarez ad lg. Aquil. lib. 1. cap. sect. 1. et 2. omnino videndus =

Adstruitr opinio Authoris circa dominium rei legatę

Precedens opinio fulcitur.

5 Probatur hęc assertio lg. 44. §. 1. ex lg. 69. in principio lg. si tibi homo 86. §. 2. de leg. 1. ex quibus expresse id constat. 2.° probatur, quia servus adquirit ei qui dominus servi tempore adquisitionis fuerit, sed iacente hęreditate seu defuncto adquirit: ergo quia eo tempore non est legatarij neque virtute retrotractionis. maior est manifestę veritatis: minor constat ex lg. 38. de leg. 2. lg. 15. in princ.o ad lg. Aquil. lg. 11. §. 6. lg. 13. §. 2. et 3. lg. 43. eod. tit. iuncta lg. 7. §. 5. de dolo. suo tamen Vallentię lib. 3. tract. 4. in tit. de leg. cap. vlt. n. 3. respondere ideo in his casibus non retroduci dominium rei legatę penes legatarium, quia in fictionibus retroductibis exigitur vt extrema sint habilia, qualia non sunt in casibus d. ll. quia servo mortuo deficit extremum a quo siquidem mortuo servo non potest incipere retro fictio a tempore quo servus non est in rerum natura, sed hęc solutio infringitur 1. quia cum actio competat pro servo occisso datur habile extremum a quo potest huius ipsa actio retroduci, quod in sententia aduersariorum negari non potest etenim idem inconueniens esset in retrotrahendo dominio hęredis, et tamen asserunt hęredem retro dominium esse ad adquirendam actionem legis Aquilię vt constat ex d. lg. 11. §. 6. lg. 15. et passim ad lg. Aquil. denique euertitur illa solutio quia falso supponitur exigi habilitatem extremorum in fictionibus vt cap. ex n. probabimus =

6

Iterum probatur.

Tertio probatur quia ius petendi seruitutem legatam amittitur spatio 20. annorum incipientium currere a die aditę hęreditatis. lg. fin. C. de seruit. et aqua iuncta lg. ~~[illegible]~~ 19. ff. quemadmod. seruit. amit.: ergo quia ex tunc incipit illud ius competere legatario.

igitur idq dici debet de dominio rei legatę quod à pari procedit cum quasi dominio servitutis. lg. 3. de oblig. et act. neque satisfacies si dixeris hoc esse speciale in servitute odio prescriptionis; seu ideo procedere quia ante aditionę non est legatarius in mora petendi, nam contra facit quod etiam non est in mora ante quam sciat servitutę legatam fuisse, et nihilominus non ideo exigitur, imo ignorati legatario incipit nocere prescriptio d. lg. 19. §. 1. ff. quemadmod. servit. amit.=

7 Quarto si legatarius esset retro à morte testatoris dominus cessaret utique ratiô edicti de quo in tit. si is qui ttº liber esse erat enj ut probatur ea §. 1. lg. 1. eod. ibi: dominus autę & sed non cessat ut constat ea §. 5. iuncto §. 6. eiusdę legis: igitur nõ est retro dominus. interim nota nõ obstare quod dicitur in d. §. 5. ibi: dominiŋ scilicet mutari: quia id accipiendum de mutatione quę contingit post aditę hęreditatę ut constat iuncto §. 6. d. lg. 1. lg. 8. de servo corrupto cum aliis ubi id in specie declarata quod alij absolutè, et in genere dicitur= 5º repudiato legato legato dominiŋ rei legatę ita retro fit hęredis, sicut retro esset legatarij agnoscentis legatum lg. 80. de leg. 2. sed non fit retro hęredis nisi à tempore aditionis ut latius postea dicemus ea et probat interim lg. 8. de reb. cred.: qi dominium rei legatę non fit retro legatarij nisi ab aditione= 6. probatur ea d. lg. 80. de leg. 2. lg. 64. in fine de furtis= 7. Probatur quia possum legare servum, et eidem fundum. lg. 69. in prĩo de leg. 1. in qua specie legatum servi si purum est cedit à morte mea. lg. 5. in prĩo q.do dies leg. cedit. sed legatum

Assertum corroboratur ex var. lib. decciii.

fundi non cedit nisi ab adita hereditate. l. 6. §. fin. eod. quod ideo est quia alias non legatario, secundum mentem meam adquiri posset fundus: quia tunc non est retro dominus servi legati alioquin ei adquiri potuisset fundus legatus =

Adhuc probatur ex negatione fictionis retroductivæ. 8 Octavo neque fictio retroductiva hinc admitti potest 1.º quia nulla lege inducta aparet. 2.º quia sine utilitate seu efectu nulla fictio datur ut cap. præced. diximus n. hinc autem nullum efectum haberet. etenim si aliquis efectus ex ea oriretur aparereret in adquisitione per servum legatum qui efectus ut supra ostendimus non datur. neque potest dici hanc fictionem inductam fuisse ad efectum transmissionis siquidem transmissio non supponit dominium neque transmittimus dominium sed ius ad legatum ut patet in re aliena legata quæ nemo dicet esse retro legatarij et tamen hoc legatum transmittimus arg. l. un. C. de cad. tollend. §. cum igitur qui loquitur indistincte. Secundo id constat ex d. l. 6. §. ult. quando dies legat. ced. ubi dicitur legatum servo legato relictum non cedere nisi ab adita hered. sed si legatarius servi retro fingeretur dominus quoad efectum cessionis, aut transmissionis legatum servo legato relictum caderet ab adita hereditate: quia neque hunc efectum cessionis ex tali fictione resultaret. neque obstat quod legatum relictum servo cedat domino servi. l. 91. §. 6. de leg. 1. quia licet cedat domino non inde sequitur cedere necessario domino dominium non est causa cessionis imo ea supposita id quod cedit cedit domino servi. efectus enim cessionis non aliunde tendit nisi ad id ut si præmoriatur legatarius ius ad legatum transmittat

in hæredem. lg. 2. et 3. q.do dies legat. cedat ubi illa ratio redditur cur usufructus legatus ab adita hæreditate cedat. scilicet q.tate legatj non transmittitur in hæredem: q.o cederet antea si posset transmitti. notat Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 13. th. 7. lit. A. S. sed hoc amplius. =

9 Obstant hæc l. lg. 10. S. fin. de condict. furtiva, ubi dominiu rei legatæ facto testatoris decessisse dicitur. Respondeo discessisse facto testatoris sed non statim ac legat (hoc est factu testatoris) alias in eius vita discederet et fieret legatarij q.d monstrum esset: sed discedere ex eo facto colato efectu in tempus quo illud factu confirmatur, nempe tempore aditionis, ut confirmatur ex lg. 44. S. 1. de leg. 1. lg. 69. in prio lg. 86. S. 2. eod. = 2.o obstat lg. 5. S. 8. de reb. eor. ubi dicitur tutorem non posse repudiare legatu pupilo relictum quia cum res legata sit pupili hoc esset alienare. Respondeo d. S. procedere de repudiatione facta post aditã hæreditatẽ, nam si loqueretur de repudiatione antea facienda, ea inutilis foret non quia res sit pupili sed præcipue quia repudiaret tutor tempore inhabili. præterea hæc interpretatio admittenda est, et in hoc textu et in alijs qui indistincte loquuntur, etenĩ explicari debent per alios qui distincte docent q.do legatarius incipiat dominiu habere ut in lg. 69. in prio lg. 86. S. 2. de leg. 1. quia generali per specialẽ dispositionẽ adaptari debet expositio iuxta lg. 80. de R. J. cum ibi adductis per repetentes. ex quo non obstant, imo eodẽ modo exponendæ sunt. lg. 34. cum duab. seq. ad lg. Aquil. in quibus solũ vertitur dubium quoad retrotractionẽ partis accrescẽtis, et retroduci dicitur: non tamẽ inde constat ad quod tempus retroducatur et ideo dicendũ

Objectiones ad præcedentẽ doctrinã dilluuntur.

L. 10. S. fin. de Cond. furtiba.

L. 5. S. 8. de reb. eor.

L. 34. 35. & 36. Ad Leg. Aquil.

erit restitutioné fieri ad tempus aditionis. ita etiã explicanda erit lg. 3. §. si rem 2. de leg. 3. nec non lg. 15. de reb. dub., quæ manifeste loquitr de rebus mutuo datis post aditam hæreditatẽ, nã antea non poterat hæres hoc facere. ultra quæ qd si ita non explicetr d. lg. 15. obstaret lg. 8. de reb. cred. quam supra induximus =

sensus lg. 3. §. si rem 2°. de legat. 3°. et lg. 15. de reb. dub.

10. Objicitr lg. 40. de noxalib. act. quatenus ait legatariũ teneri pro furto à servo, sibi legato, commisso dum iaceret hæreditas. eãdẽ sententiã continet lg. 64. de furtis. sed ex his non infertr legatariũ esse retro iacente hæreditate dominũ: ratio enĩ ob quã legatarius tenetr etsi tempore furti nullo modo esset dominus provenit ex eo quod actiones noxales quæ ratione servi dantr in dominũ committũtr servũ, et sic dominus qui fuerit postea servi ratione dominij quod habet tempore quo agitr in iudicio convenitr. lg. 1. §. 12. si quadrupes paup. fecisse dicatr. §. 5. inst. de noxal. et ex hoc procedit quod tales actiones dantr contra ipsum servũ vo. domini manumissũ ut in casu lg. 44. §. fin. de furt. transit enĩ servus cum sua causa cum commodo et incommodo ei adhærente. lg. 70. in pñio de leg. 1. et §. fin. d. lg. 70. ex ratl. lg. 45. §. fin. eod. et ex hac ratione fit ut hæres ex peculio servi legati deducere possit quod sibi debetr lg. 2. §. 5. de peculio. Denique non obstant lg. 66. §. 1. de furtis. lg. 47. eod. quæ etiam objiciuntr. nam ideo competit actio furti legatario non quia sit retro dominus, sed quia non in his llg. agitr de actione furti quæ competit, vel ex nova contrectatione à fure post agnitũ legatũ facta, vel ex ratione quã præstitimus.

Intellectus ad lg. 40. de noxal. act.

Lx. 64. de furt.

Llgs. 47. et 66. §. 1. de furtis.

Cap. fin. n. 38. =

11 Ex his omnibus constat legatarium neque vere, aut ficte retro dominum esse nisi ab adita hæreditate ab eo tempore retro dominus est conditionate non sub conditione resolutiva, sed suspensiua, vt probabilius iudico. arg. l. 38. de leg. 1. vbi dicitur repudiatione legatarij facere vt non sint eius actiones retro confusæ. neque hinc obijci poterit quod hæreditas eodem modo faciat dominos ac hæredes. l. 80. de leg. 2. quodque hæres sit retro a morte dominus, vt probant ex l. 54. de adq. hæred. l. 138. cum seq. de R. I. vt proinde legatarius retro dominus dici debeat: non inquam obstat hoc argumentum. primo quia hæres non est retro dominus vt postea tuemur. deinde quia etsi fateamur hæredem retro dominum esse, non hoc obstaret: nam hæres esset diceretque retro dominus ex eo quod est vna persona cum defuncto et hæreditate. l. 22. de vsucap. nouell. 48. in præfactione quod non dicitur de legatario. neque obstat d. l. 80. de leg. 2. quæ solum facit æquiparationem quoad adquisitionis substantiæ, non vero quoad accidentia temporis adquisitionis, nunc vero vt apareat non inutiliter nos hanc quæstionem inseruisse sic subsumo: sicque ex ea probo: defunctum retinere dominium dum iacet hæreditas: res legatæ tempore iacentis hæreditatis aut sunt legatarij aut hæredis, aut nullius, aut defuncti: sed non sunt legatarij vt probauimus: nec sunt hæredis quia is non retro fingitur dominus vt postea ostendam et interim probant quoad res legatas. l. 64. l. 40. de noxal. l. 80. de leg. 2. l. 1. §. 5. si is qui test.o liber esse. l. 10. §. fin. de condict. furtiua. l. 5. §. 4. de reb. eor. iuncto §. 8. eiusd. leg. 5. l. 9. §. 5. de peculio. l. 44. §. 1. de leg. 1. l. 44. in fine de furtis. sed nec possunt dici nullius vt satis superque cap. præcedenti

Ex præced. doctr. conclusio ad nrm. propositum.

et per prius ostendimus et probant d. lg. 64. de furtis. lg. 80. de leg. 2. cum alijs ibi recta via idest nullo dato medio vacuo; igitur necesse est ut fateamur res legatas esse in dominio testatoris usque dum post aditionem adquisitae fuerint, aut haeredi si legatarius repudiet, aut legatario si agnoscat legatum ut probant d. lg. 80. de leg. 2. lg. 64. de furtis iuncto quod si dominium fuisset amissum non posset recta via transire in legatarium imo neque posset dici transire ab eo qui legaverat si tempore quo transit, nempe post aditam saltim haereditatem defunctus non esset dominus.=

12 Constat ergo dominium rerum haereditariarum penes defunctum remanere usque dum post aditionem adquiratur personis a testatore designatis, ex quo duo deducuntur 1.° confirmatio ad dicam 1.am cap. ti praecedentis quatenus excludimus 1.am fictionem haereditatis falso ab interpretibus imbutam. 2.° deducitur, falso etiam interp. 2.am fictionem (per quam haeres retro fingatur dominus a tempore mortis testatoris) haereditati tribuisse: sed plures adversarij in nos irruunt, non uno, aut altero gladio contenti sumus, sed plures parare contendimus: sed prius monitum velimus, neque in hac quaestione sine duce mos in palestram descendere, nam subtilissimus, et in soliditate et ingenio nulli interpretum inferior secundus Gofredus, inquam, in lg. servus haereditarius 52. de haered. instit. late retroficitum haeredis dominium negat. et adeo late et docte ut nihil addere possimus nisi forte unam, aut alteram speciem ab eo forte, potius ut non necessariam reiectam, quam omnino curabimus tamen doctrinam sapientissimi viri a caligine et obscuritate qua laborat in gratiam tironum excutere.=

Duo inferuntur ex praeced. doct.

1.um ad doctr. cps. praeced.

2.um ad evertendam 2.am fictionem, per quam haeres retro fingitur dominus à morte test.

Opinio Auct. ex doct.a Antonii Gofredi.

13 Heres enim solus est dominus rerum hæreditariarum ab Prima probatio.
addita hæreditate ex tunc dominium civile adquirit: sed
nec retro dominus habetur vere aut ficte, quod probatur
quoad dominium verum ex eo si defunctus est dominus
vere tempore iacentis hæreditatis ut supra ostendimus
nequit fieri ut detur alius dominus verus pro eodem
tempore; quia dominium verum insolidum pro eodem tempore
nequit esse penes duos. Potest hoc idem tamen proba-
ri ex adquisitione servi hæreditarij qui domino
actu existenti adquirere debet, et nihilominus non
hæredi, sed hæreditati adquirit; non ab hærede, sed
ab hæreditate imo ab ipso defuncto capacitatem accipit
ut constat ex §. in primo inst. de stip. servor. cum
alijs, sed quia hanc partem nemo negabit in ea pro-
banda amplius non immoror= Quod neque ficte
sit hæres retro dominus probatur 1.° quia fictio nulla
datur sine necessitate et effectu, sed hæc minime est
necessaria, neque effectum haberet: ergo non datur. maior
est certa, ut omnes fatentur et diximus ostendimus
que cap. preced. n. minor probatur ex eo quod eidem
effectus, sine ea dantur, quo ad continuandam iura de-
functi, et quoad adquisitiones hæreditarias; nam
cum defunctus retineat et recipiat donec adita
sit hæreditas cumque præstet capacitatem servis ad
adquirendum manifestum fit omnes effectus necessarios
sine hac fictione dari; ut proinde eam superfluam
esse necessarium sit. sed contra adversarios qui duas
fictiones admittunt. aliter potest argui ut saltim
necesse habeant concedere alterutram esse superfluam
et proinde reiiciendam fore, nam quidquid esset ne-
cessarium præstaret alterutra, aut saltem persona ficta:
ergo hæc 2.a non potest ex eorum principijs admitti: Ulte-
rius hæ duæ fictiones mutuo se opponunt, et destruunt
et proinde alterutra reiicienda saltem erit. arg. leg.
Divi 25. de captivis et postlim. de qua tate ad rem
Gofred. in leg. D. ad S.C. Tert. et Orphit.=

2°. fulcitr. 14 Secundo probatr. quia si retrofictio est necessaria in aliquo hęrede etiā in omnibus esset necessaria; sed in aliquibus non datr, et nihilominus hęredes sunt efectusque hęredū habent: ergo necessaria non est. Minor probatr ab absurdo casu servi instituti pure data libertate in diem, ut in specie. l. 9. §. 18. et fin. de hęr. instit. qui adveniente die sit liber et hęres: nā si hūc hęredem retro fingimus dominū fingeretr is dominus et hęres dum erat servus quia dies libertatis datę nō venit nisi ex postfacto= Rursus servus alienus pure institutus qui iussu domini postea superveniēte neque aliter potest adire. §. 1. inst. de hęred. inst. Denique (quod cavillari non potest) si servus alienus hęres institutus iacente hęreditate manumissus sit. sibi hęreditatē adquirit. §. 1. inst. de hęr. inst. sed si retro crederetr dominus non sibi sed domino qui tūc quādo mortuus fuit testator eum in potestate habebat deberet adquirere arg. l. 78. de V.O.: ergo non retro dominus habetr. similiter si servus alienus iacente hęreditate eius dominus erat sed novo domino. d. §. 1. l. 9. §. 16. de hęred. instit.: quod non posset fieri si retro hęres crederetr hic servus arg. d. l. 78. de V.O.=

15 Tertio ex stipulatione servi hereditarij

Tertio si hęres retro fingeretr hęres et dominus a morte retro fingeretr persona sed non fingitr alias servus hęreditarius utiliter usufructū stipulari posit. l. 26. de stip. servor. 4. ex l. 16. de stip. servor. ubi ideo dicitr servū hęreditariū hęredi etiā nominatim, stipulando nihil agere quia eo tempore dominus eius non est: ergo non est retro ficte dominus alias posset stipulari hęredi: sin autē nullū efectū hęc fictio produceret. quod confiatr nā efectus dominij sūt ut servus domino adquirat; sed servus hęreditarius non hęredi sed defuncto adquirit (hoc est adquirere hęreditati sumpto abstracto pro concreto)

lo. 26. de stip. servor. lg. 41. de reb. cred. v.° q.d si stipulatus d. ꝑrio inst. de stip. servor: g.° nullus efectus dominij hæc fictio præstaret: præterea efectus eius cognoscitur ex eo q.d dominus, et non alius præstat capacitatem servo, sed servo hereditario non heres, sed defunctus capacitatem præstat. lg. 52. de hered. instit. lg. 33. §. fin. de adq. rer. dom. d. ꝑrio de stip. servor. cum alijs: g.° dicendum est superfluam esse hanc fictionem vt pone sine efectu, q.d denique constat ex lg. penult. de leg. 2. §. codicillijs. alias §. ꝑbota codicillijs. quam sic induco. licet servo heredi ab ipso herede et domino non possit legari §. 32. instit. de leg. a coherede posset ei legari si heres retrofingeretur, nam heredi ab altero coherede legari potest. lg. 116. §. 1. de leg. 1. et sic servo heredis posset legari ex regula lg. 12. §. regula de leg. 1. g.° si legari nequit vt constat ex d. lg. penult. de leg. 2. lg. 20. de adim. leg. lg. 4. C. de leg. ideo est quia tempore quo cedit tale legatum scilicet post mortem servus adhuc est testatoris minime q.a retro fingitur heredis. neque obstat q.d ancilla in d. §. ꝑbota dicatur heredis; nam dicitur habito respectu ad tempus quo hereditas adita fuerat=

16 Denique 4 probatur ex lg. 8. de reb. cred. quam supra induximus et cuius probationi nemo quantum capio sufficienter satisfaciet, nam agitur in ea de retrotractione rei hereditariæ legatæ quæ mutuo dederat heres ante repudiationem legatarij et dicitur legatario postea repudiante rem retro heredis videri et mutuum confirmari. sed retro ab adita hereditate tantum. ibi quia heredis ex die aditæ hereditatis videtur nummi fuisse, et infra: in id tempus redigi quo hereditas adita fuerit; g.° quia nulla datur retroductio dominij ad tempus mortis, alias mutuum in casu d. lg. 8. diceretur contractum a tempore quo res legatæ datæ fuissent, et non præcisse a tempore aditæ hereditatis. Quarto ex lg. 8. de reb. cred.

Quintò pbtr. ex l. lg. 40. de noxal: act. 44. §. fin. 64. de furtis. 17

Quinto probatr ex lg. 40. de noxalib. lg. 44. §. fin. lg. 64. de furtis que facile inducutr. nq domino in servu suu non competit actio furti. lg. 1. §. 1. si is qui testo liber esse, et si anteqg meus esset servus mihi furtu fecerit stati confunditr actio. §. si servus domino 6. inst. de noxalib. sed si servus legatus ante aditam hereditate rem heredis subtraxerit competit heredi furti actio. lg. 40. de noxal. lg. 44. §. fin. de furtis. qo quia nullo tempore servus hereditarius fuit in dominio heredis. ex hac eni causa non confunditur actio d. lg. 44. in fine. d. lg. 64. de furtis, neque confunditr actio sive servus qui furatu fuerat legatus fuisset vt in d. lg. 40. de noxalib. lg. 64. de furtis, sive manumitti iussus, vt in d. lg. 44. in fine. sed ne quem turbet falsa allegatio aliquoru; et vt hec probatio magis apareat litera d. lg. 64. de furt. percurram: a Titio herede homo Seio legatus, ante aditam hereditate Titio furtu fecit: si adita hereditate Seius legatu ad se pertinere voluerit furti eius servi nomine aget cum eo Titius: quia neque tunc cum faceret furtu eius fuit. (en casu decisione, et decisionis ratione: nunc decisione datam fuerit Consultus in his) et vt maxime quis existimet si servus esse ceperit eius cui furtu fecerat tolli furti actione vt nec alienatus sit agi possit eo nomine (ecce ratione dubitandi quasi diceret quamuis quis obijciat actiones confundi si servus aliquo tempore fiat eius cui furtu fecerit, et ita confundi et extingui vt non reuiviscat etia si desierit esse dominus hoc tame non obstat. quia) ne post aditu quide hereditate Titij factus est quia ea que legantr recta via ab eo qui legauit ad eu cui legata sunt transeunt: igitr aperte ex d. lg. constat herede non esse dominu retro a tempore mortis nq si aliquo tempore dominus esset confunderetr actio furti vt fere arguit JC. in hoc textu =

18 Denique si bona continuentur penes defunctum ut supra ostendimus et ab eo accipit omnia iura haeres adeundo frustra inducatur haec fictio: frustra etiam in principiis adversariorum. nam per personam fictam a morte usque ad aditionem conserventur iura haereditaria et haeres adeundo ea accipit non est cur retro fingatur dominus. sufficit enim quod per fictam personam continentur sicut etiam sufficit in haerede haeredis tempore quo primus vixit. bona non possunt dici vacantia respectu secundi quamvis primus deficiat: ergo quamvis in instanti aditionis extinguatur persona ficta ut aiunt adversarij, non ideo possunt bona dici vacantia tempore iacentis haereditatis. sed forte respondebis instantiam dicendo per aditionem non solum extingui fictam personam, sed etiam eius effectus et ideo in his principiis bona retro nullius essent nisi 2a. fictio induceretur: haec tamen solutio falsa, et absurda est, nam effectus fictionis, etiam fictione sublata non possunt retro tolli, nam effectus fictionis iuris sunt quid reale effectus enim iuris emolumentum et utilitatem haeredibus aut alijs personis tribuentes sunt quid reale alias fictiones inutiles essent: effectus enim reales et veri qui semel extiterunt non possunt non extitisse. l. 12. § facti 2. de captiv. l. 31. de R. I. quia ad praeteritum non datur potentia: sed dices posse fingi hos effectus non extitisse: quod permitto. sed ex hoc infertur hanc 2am fictionem non esse necessariam, nam si illi effectus non fingerentur effecti necessaria non esset: ergo neque est necessaria haec retro fictio; neque est necesse ut effectus 1ae fictionis infecti fingantur ad aliam fictionem constituendam: mitto etiam quod fictio fictionis repugnat. arg. l. 33. in fine de servit. l. 1. de usu et usufr. leg. mitto quod si retrofictio daretur atque deberetur capacitas haeredis sicut evenit in stipulatione servi captivi quae confirmatur ex fictione retroductiva postliminij. l. 18. § servus capto. 2. in fine de stip. servor. mitto etiam quod servi haereditarij in casu

Ultimò ex doctrina Advers.

hæredy torqueatur. lg. 1. §. 6. lg. 2. et pasim D. de quæst. quæquis n̄ posim in causa domini torqueri. lg. 18. §. 5. lg. 17. §. 1. eod. lg. 3. et pasim eod. tit. et sufficit vt non possint torqueri in causa alicuius qd ipse pro domino habeatur. lg. 15. §. fin. eod. ergo quia hæres nisi dominus, nec vt talis habetur iacente hæreditate, qd satis indicat d. l. 2. de quæst. ibi non possunt videri in causa domini torqueri: ergo neque ficte videtur hæredis esse =

19 L. V. § 22. D. de Collation.

Poterit in horum confirmationem expendi. lg. 1. §. si is qui 22. ff. de collat. vbi dubitatur an Pater militis peculiy castrense habentis, mortuo filio eius peculiy conferre teneatur? et respondet conferendum esse peculium quando pater institutus erat dato etiam substituto. et hoc ex ea ratione, quia licet hæreditatem filij adhuc non adierit Pater nihilominus postea adeundo metu substituti, et in hoc peculiari casu, hæreditas filij videtur potius non alienata quam de novo quæsita, non quia retro fingatur patris, sed quia bona filij sunt vere patris nisi alius extiterit hæres, filio propter ius patris. lg. 9. et pasim de castr. peccul. ex quo infertur qd si hæc ratio non adesset peculiy non esset conferendum et hinc deducitur hæredem qui non dum adisset, non teneri conferre hæreditatem quam postea adierit, alioquin non esset specialis ratio dubitandi in Patre circa peculium militis si ergo hæres non tenetur conferre infertur eum non esse retro dominum videndus Gofredus in d. §. 22. de collat. =

Objectiones ad doctr. præc. 1º. L. 54. de acq. hæred. et lg. 138. et 193. de R. J. 20

Objicitur l. 54. de acq. hæred. vbi dicitur hæredem post aditionem a morte successisse intellig. l. 138. de R. J. vbi qd hæreditas cum tempore mortis continuatur l. 193. eod. vbi qd omnia fere iura hæredum perinde habentur ac si continuo sub tempus mortis hæres extitisset. Respo. d. ll. non loqui de retrofictione sed de effectu

continuatæ iuris, vt patet, nã de hærede hæredis, dici potest eum à morte successisse intelligi (à morte scilicet primi testatoris) et cum eius morte continuari: et hoc potest dici quatenus omnia iura primi testatoris perinde habentr ac si hæres hæredis continuo à morte successisset primo testatori: perinde quidē habentur quatenus nullo medio vacuo in eum omnia fere iura continuātr, et hoc sensu hæres hæredis dicitr hæres primi testatoris eodēque sensu quilibet hæres dicitr perinde haberi ac si continuo à morte successisset, nã cum defuncti voluntas retineat omnia iura et ea post aditionē sine medio vacuo recta via transeūt in hæredem ita taliter, vt augmentū et diminutionē suscipiat, recte dicitr à morte eum successisse, quia perinde habentr omnia iura, ac si successisset, et ideo actiones acquirātr hæreditati ex ea que transeūt in hæredē. lg. 1. §. 6. de in iur. et propter hanc continuationē hæres, et hæreditas vnius personē vice funguntr vt dicitur in lg. 22. de vsucap. quatenus datr eadē continuatio dominij, aut alterius iuris, ac in vna persona daretr. similiter hēc procedunt, ac euenit in casu quo 1. emit rem bona fide, et incēpit vsucapere. postea 2.º vendidit qui continuauit conditionē vsucapiendi: si huic alius 3.us succedat vel ab eo emens, vel quia eius hæres et perficiat vsucapionē perinde habetr ac si incēpisset vsucapere: etenī eūdem effectū consequitr ex §. 12. et 13. inst. de vsucap. et tamē non retrofingitr possesor à principio vsucapionis incēptē. sicut etiā hæres hæredis non retrofingitr hæres primi testatoris, et tamen propter continuationē successionis perinde habetr ac si à morte primi testatoris successisset.=

21 Magis obstat l. si ex re 28. §. vlt. de stip. seruor. vbi quēritr an seruus hæreditarius futuro hæredi stipulari possit. quod negauit Proculus ex eo qd eo tempore extraneus sit. extraneo autē non posse L. 28. §. vlt. de Stipul. Seru.

stipulari constat. sed Cajus d. lg. 28. auctor contrarię sententię cum Casio fuit 1.º quia qui postea heres extitit videretur ex die mortis defuncto successisse. 2.º quia familia ex die mortis functa sit quęquis heres postea succedat ex quibus concludit per stipulationem servi hereditarij heredi futuro adquiri. huic difficultati respondeo ex duplici causa fore inutilem stipulationem servi hereditarij vel quia non habeat capacitatem a domino, vel quia et si dominum habeat capacem, non ei sed extraneo stipulatur. quia stipulatio extraneo facta non tenet. lg. 38. §. alteri 17. de V.O. et §. si quis alij instit. 4. de inutilib. et ex hac parte dubitatur in d. lg. 28. §. fin. an servus hereditarius futuro heredi stipulari possit: non ex dominio, quia servus hereditarius est in dominio defuncti et ab eo accipit capacitatem tuo instit. de stip. servor. lg. 52. de her. instit. et ideo capax est stipulandi: dummodo non extraneo stipuletur: et quod hęc esset ratio dubitandi colligitur ex arg. Proculi, qui ideo negabat stipulari posse futuro heredi, nempe quia tunc extraneus erat. resolvit tamen Cajus cum Casio stipulationem valere. et id probat ex d. duabus rationibus quę necesse est ut tendant ad probandum heredem tunc non esse penitus extraneum, minime autem ut probent heredem esse retro dominum quia de hoc non erat quęstio. id probat. quia videretur heres ex die mortis defuncto successisse. et quod successisse videatur comprobat arg.º functę familię: quo sensus harum probationum est heredem ex die mortis successisse videri cum perinde habeatur, ac si tunc successisset ex lg. 193. de R. J. iuxta dicta n. preced. et propter hanc continuationem ex tunc non videtur extranea persona, nempe quia cum ex tunc videatur heres; ex tunc non est persona extranea, neque ex his infertur heredem retro fingi dominum quia non de eo quęritur; aut retro fingi personam non extraneam quia hoc non retro fingitur; sed procedit secundum veritatem.

eteni institutio quoad confirmationẽ continet tacitam conditionẽ, si hereditas adita sit, hac eni impleta, à principio heredis institutio sortitr efectũ non efectum aditionis qualis est ~~heredes~~ adquisitio rerũ. sed efectũ institutionis qualis est heredẽ non esse personẽ extraneẽ; hec eni confirmatr ex lg. 73. §. 1. de V.O. vbi de stipulatione servi hereditarij dicitr nullã vim habere nisi adita hereditas sit: ex qua decisione aparet hanc stipulationẽ à principio consistere, resolui tamẽ sub conditione. ita vt aditio non faciat vt tunc incipiat stipulationis obligatio, sed dũtaxat faciat vt confirmetr; eteni cum hec stipulatio ex presenti, ex tẽpore scilicet stipulationis vires accipiat. lg. 26. de stip. servor. nihil aliud potest aditio prestare quã confirmationẽ: neque obstat qd dicatr pura respectu conditionis suspensivẽ quã non habet huiusmodi stipulatio ex natura sua et nisi expresse adijciatr=

22 Obijcitr lex 21. §. 1. de novat. vbi dicitr hereditatẽ iacentẽ sustinere personẽ heredis vt proinde retro dominus videatr. sed omissa solutione communi quẽ verbũ cuius refert ad promissorẽ quẽ sequtus fuit Valentia lib. 1. tract. 4. cap. 9. n. 7. omissa etiã solutione Bachovij ad Treutl vol. 1. disp. 14. th. 1. lit. D. vbi ait hoc procedere respectu retrofictionis, ita vt in rei veritate hereditas sustineat vicẽ defuncti Ꝗ retrofictionẽ heredis vicem sustineat. Respondeo cũ Ioan. Fabro ad §. 2. inst. de hered. inst. à quo non multum abest. Gofied. in repetit. ad lg. 52. de hered. inst. et idem Vallentia à 1ª solutione recedens lib. 3. tr. 1. cp. 1. n. 22. hereditatẽ sustinere personẽ defuncti iuxta lg. 31. §. 1. cum concordant. de hered. inst. vt actus valeat. heredis vero quoad adquisitionẽ et confirmationẽ cum ipsa hereditas pendeat sub conditione resolutiva ab aditione per quam confirmatr=

23 Hæreditas ergo repræsentat defunctũ seu ipse defunctus quoad capacitatẽ præstandã servis suis repræsentatur dũ hæreditas iacet ut constat ex supradictis legibus non potest repræsentare personã hæredis qui non dũ est et forte non erit. et ideo nequit accipere capacitatẽ servus hæreditarius nisi à defuncto, siue stipuletur pure siue sub conditione quia utroque casu exigitur capacitas domini tempore interpositæ stipulationis. arg. lg. 26. de stip. serv. idem in legatis in quibus exigitur capacitas domini servi tempore quo legatur: idem in hæreditatib.s observatur ut utrũque probat. lg. 59. §. 4. iuncta lg. 49. §. 1. de hæred. instit. de qua mat.a late et solide licet confuse Gofredus in repetit. ad d. lg. 49. §. 1. de hæred. instit. sed defunctus non præstat capacitatẽ servo hæreditario quo ad omnia lg. 61. de adq. rer. dom. et ideo quamuis possit institui ex persona defuncti. lg. 52. de hæred. inst. nequit adire quia sine iussu non potest hoc facere defunctus autẽ iubere nequit d. lg. 61. similiter nequit stipulari usumfructũ quia sine persona esse non potest. lg. 61. de adq. rer. dom. lg. 26. de stip. servor. sed dices q.o non datur vera persona defuncti dum iacet hæreditas: g.o ficta persona inducitur. Resp. servum non posse stipulari usumfructũ ex defectu personæ veræ, sed ex defectu personæ viuentis. et hoc sensu procedere d. ll. tenet Gofredus in d. lg. 52. de hæred. inst. n. 38. ex eo quod si diceremus usumfructũ defuncto constitutum aut adquisitũ usumfructũ dictũ foret statĩ esse amissũ cum morte finiatur. §. finitur instit. de usufructu. nec posset transire in hæredẽ cum sit personalis. et ideo inutiliter servus hæreditarius stipularetur usumfructũ qui esset inutiliter adquirendus defuncto, ut d. lg. 26. in cuius persona statĩ erat amittendus seu finiendus. Potest tamẽ legari usufructus servo hæreditario quia legatum usufructus non exigit personã viuentẽ ante cessionis tempus nec cedit ante aditã hæreditatẽ quo tempore est

hæres cui adquiratur d. lg. 61. de adq. rer. dom. lg. 26. de stip. servor. iunctis l. vnic. §. 2. quando dies vsusfr. leg. leg. lg. 2. et 3. q.do dies leg. lg. vnic. §. 6. C. de caduc. tollend. neque admittendum est quod aliqui dicunt nempe ideo non posse servum hæreditarium stipulari vsufructum q.a exigat factum personæ sicut aditio non potest hoc admitti nec etenim cum in d. lg. 61. de adq. rer. dom. hæc ratio assignetur quoad iura qui præcedere debet aditionem non tamen eadem assignatur quoad vsufructum, sed potius ea q.d sine persona constitui non posit. Deinde quia vsusfructus sine facto adquirenti cedit vt proinde idem dicendum de stipulatione vsusfructus scilicet consistere sine facto personæ q.d cedat legatum vsusfructus et ex eo actio sine facto legatarij quæratur, constat ex lg. 1. §. 1. quib. mod. vsusfruct. amit. vbi adita hæreditate dicitur amitti posse: q.o quia iam sine facto per solam aditionem competebat. et ideo solo legato dicitur constitutus. lg. 2. 3. et 6. de vsufr. constat etiam ex lg. vnic. §. fin. quando dies vsusfructus leg. cedat. et ex eo q.d contra ignorantem currat præscriptio legatæ servitutis. lg. 12. §. 1. quemadmod. servit. q.o quia ignoranti, et sine facto erat quæsita, alias non posset amitti. Gofred. in lg. 5. §. 8. de reb. eor. n. 6. quo facit l. 82. §. vlt. de leg. 2. ex qua constat in servo hæreditario requiri ex parte domini capacitatem civilem; naturalem vero ex sua persona habere, vt proinde supposita capacitate civili servus posset stipulari vsufructum, si aliunde hæc stipulatio inutilis non foret: nam quatenus atinet ad factum persona servi sufficeret. vide Vall.a lib. 3. tr. 1. cap. 2. n. 12. ==

24 Arqueres tamen hoc modo; si servus hæreditarius esset adhuc in dominio defuncti omni seclusa fictione posset stipulari defuncto, sicut et hæreditati et futuro hæredi recte stipulatur. lg. 35. de stip. servor. sed non potest. lg. 41. de reb. cred. v.o q.d si

stipulatus. lg. 18. §. servus capto de stip. servor.: q° minime est in potestate defuncti; sed potius in dominio ficto hæreditatis, et hæredis. Respondeo fatiam esse minorem etenim certum est servum hæreditarium defuncto posse stipulari: nam potest eum per acceptilationem liberare. lg. 11. §. 2. de acceptilat. quamvis hoc per stipulationem fiat. lg. 1. lg. 7. eod. siquidem vtilis acceptilatio plus continet quam pactum. lg. 8. prin° eod. neque contrarium probatur ex d. ll. nam in primis. lg. 41. v° q.d. si stipulatus loquitur de eo qui stipulatur dum iam erat liber, vt constat ex prin° d. lg. 41. quo casu non potest vtiliter stipulari testatori defuncto sub ea formula, Titio domino meo dabis. siquidem ei non erat dominus nec bonæ fidei possessor, q.d autem in d. lg. stipulatus fuisset liber iam factus constat ex eo q.d in d. lg. dicitur ibi: quo idem stichus liber: et infra: ibi; qui status sui ignarus. Ratio obquam dum sibi stipulatur hæreditati adquirit, ibi reditur nempe quia quasi bona fide posidetur ab hæreditate, cum propter errorem suum ipse se gereret vt servus. sed dices si ignorantia servi sufficit vt adquirat hæreditati cur non sufficit vt adquirat defuncto siquidem eadem hæreditate vsurpatur. contra nostra principia. Respondetur stichum in propositæ lg. casu nec defuncto neque hæreditati recte stipulari ex eadem ratione: posse tamen sibi stipulari quia erat liber ita taliter vt hæc stipulatio ex eius capacitate subsistat per talem stipulationem adquirit hæreditati seu defuncto, nam licet ab eo acceperit libertatem, ita vt non videtur in defuncto animus eum possidendi ipse tamen se ipsum propter ignorantiam sui status in possessione manet seque conservat, et ideo propter animum adquirendi, et quia ex re hæreditaria stipulatus fuerat facit vt adquiratur hæreditati q.d in eius persona constiterat = de intelligentia d. lg. 41. plura tradit Santolaria interp. 5. et aliqua observat

Atqui obseruat. iuris cap. 4. que parum ad presens institutum atinent = quod atinet ad leg. 18. §. seruus capto de stip. seruor. potius ex ea probatur seruum posse defuncto domino suo stipulari: agitur in eo §. de differentia inter stipulationem serui et filij captiui. quod huius stipulatio non valeat, illius tamen vtilis sit. mouetur postea ratio dubitandi: an possit adhuc dia stipulationem filij captiui vtilem esse necne. exemplo serui hereditarij qui defuncto, aut heredi futuro stipulatus est. Resoluit JC. in hac specie seruo filij exequari seruo scilicet hereditario de quo proxime et immediate mentio facta erat. sed videamus quid resoluatur circa filij captivi, vt intelligamus quid supponatur circa serui heredi-tarij cui filius exequatur. resoluitur enim stipulationem filij esse in pendenti, ita vt patre apud hostes mortuo cui filius dari stipulatus fuerat irrita fiat stipulatio. leg. 12. §. 1. de capt. quoniam alij (id est extranee persone) stipulatus erat. retro enim filius sui iuris aparet tempore quo stipulatus fuerat cum pater mortuus fuisset apud hostes ex hac decissione constat exequari stipulationes filij captiui, et serui hereditarij, quando filius Patri, seruus domino, aut heredi futuro dari stipulatus erat. constat stipulationem filij non esse in hoc casu inutilem, sed pendere ab euentu: ergo constat stipulationem serui hereditarij defuncto factam esse vtilem et in pendenti. est enim in pendenti ex doctrina leg. 73. §. 1. de V.O. iuxta supra dicta. n. 24. vbi egimus de exposit.e d. leg. 73. §. 1. —

25 Pendent adquisitiones seruorum ab aditione sub conditione resolutiva. et pendent adquisitiones serui peculij castrensis. leg. 33. in principio de adq. rer. dom. leg. 14. §. 1. de castr. pecul. sub conditione

suspensiva quoad id ut reputetur tales, ac adquisitiones servi hereditarij ratio est quia ante aditionem peculij castrense non est hereditas et solum talis fit per aditionem, post eam tamen fit hereditas, ea que non facta retro est peculium propter postliminium ius patris quod pendet sub conditione resolutiva. d. l. 14. sed de his forte alibi latius agendum erit. similiter pendent stipulationes filij captivi d. l. 18. §. servus capto. l. 12. §. 1. de captivis. sed hae pendent quoad validitatem ut d. ll. sicut stipulationes servi hereditarij ab aditione quoad confirmationem pendent: stipulationes tamen servi peculij castrensis pendent quoad adquisitionem num ~~num~~ Patri, nunc heredi querende sint. similiter ac stipulationes servi captivi pendent an heredibus eo mortuo an ipsi reverso sint adquirendae; alia tamen est differentia; quod pendentia stipulationis servi aut filij captivi oritur ex fictionibus, sed pendentia servi hereditarij procedit absque fictione aliqua, et ideo partim deficiunt partim comparantur ut in d. l. 18. §. servus capto. in illis verbis quomodo si servus hereditarius defuncto aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset quae minus recte accipiuntur de servo captivi, cum expresse loquantur de hereditario servo, et non recte inducuntur ad probandum defuncto non posse stipulari cum potius contrarium probent ut diximus n. precedenti, et ulterius probatur ex eo quod idem ibi dicatur sive heredi futuro, sive defuncto stipuletur servus. sed heredi futuro recte stipulatur. l. 35. eod. l. 28. §. fin. eod. de qua diximus n. 21.: quo etiam defuncto stipulari servum posse dicendum et concludendum erit ex d. l. 18. d. §. servus capto. 2. =

26 Diximus supra n. 21. ideo servum hereditarium

posse futuro hæredi stipulari non quia tunc sit retro dominus ab adita hæreditate, sed quia tunc absque fictione non est persona extranea: qd ostendo evidenter nam dum ipse testator stipulatur hæredibus suis valet stipulatio. lg. 22. de pactis lg. 137. §. fin. de V.O. sed n̄ valet quia fingatur retro in vita testatoris hæredes extitisse: ergo solum ex eo qd tunc omni fictione deficiente non sunt aut reputantur personæ extraneæ: ergo idem dicendum est iacente hæreditate, nempe stipulationem servorum in hæredis personam conceptam ideo valere quia tunc hæres non est persona extranea in rei veritate sicut neque viuente testatore erat: qd amplius stringo si Titius potest futuro hæredi stipulari vt ex d. ll. constat et hoc per se potest facere, etiam servus Titij hoc facere valet. arg. lg. 15. de stip. servor. §. 1. inst. eod. itaque vtilis erit illa stipulatio quam servus Titij viuentis conceperit in personam hæredis domini sui. sed non ex eo vtilis est hæc stipulatio quia hæres retro fingatur dominus huius servi pro eo tempore quo Titius testator viuit: ergo solum eatenus est vtilis huiusmodi stipulatio quatenus hæres domini de præsenti non est extranea: ex quibus euanescit argumentum supra n. 24. tactum ex lg. 28. §. vlt. de stip. servor. sicut etiam qd potest similiter deduci ex ll. concordantibus=

27 Notandum tamen est testatorem posse stipulari vel hæredibus absolute, vel Titio futuro hæredi d. lg. 23. de pact. lg. 137. de V.O. §. fin. vbi agitur de stipulatione vni hæredum facta quæ non potuit in persona vnius ex hæredibus concipi nisi sub nomine proprio etiam designaretur, vt docet doctissimus D. Carneros in illustrat. Aristonis cap. 14. n. 3. (an eodem modo stipulationes

faciendi et dandi in hoc casu prosint heredibus alterius est loci) non tamen potest testator stipulari filio tantum quia tunc stipularetur filio ut extraneo contra lg. 38. §. alteri de V.O. sed filio heredi potest: hoc idem dicendum est de servo testatoris viventis; et ex eadem ratione de servo hereditario seu testatoris defuncti, nempe filio non posse stipulari quia ut filius extraneus est posse tamen heredi, aut filio heredi stipulari, quia tunc fit conceptio verborum in filium ut pote in personam non extraneam. D. Sandos d. n. 3. quomodo in concordiam ultra communem captum redigit ll. 18. §. 2. lg. 28. §. fin. lg. 35. de stip. servor. cum lg. 16. eod. lg. 27. §. fin. de pact. ubi dicitur nominatim heredi futuro non posse servum stipulari, aut pacisci. quia non dum dominus est quae sunt accipiendae de stipulatione facta nominatim, idest sub nomine proprio tantum quo casu non valet quia ut talis persona extranea est, neque dominus ullo modo reperitur talis servi, et ideo ex nullo capite tenet stipulatio nisi in rem concepta sit ut in d. lg. 27. §. fin. idest nisi sub cognomine heredis fuerit facta stipulatio. Ex quibus constat heredem non esse retro dominum, alias valet stipulatio quoquomodo concepta sicut dum servus tibi ei stipularetur valeret, licet non dixerit domino meo, dabis aut filio domino meo, valeret enim ex eo solum quod filio stipulatus fuisset, maxime quia idem est ad confirmandam stipulationem quod qualitas necessaria adsit tempore stipulationis, aut retrotrahatur, ut in casu filij captivi reversi. d. lg. 18. §. 2.: quo etiam si filius esset retro dominus valida foret stipulatio in eius personam nominatam sine apellatione

hæredis concepta. sicut q.º servus Titij conciperet stipulationē in Titij personā sine apellativo dominij; etenī tātū valet esse dominū, aut retrohaberi ut d. l. 18. §. 2. l. 12. §. 1. de capt. ex his etiā iterum lucē accipit d. l. 28. §. fin. quatenus ideo stipulationē servi validā docet quia a morte successisse hæredem videatr: quod hunc verū habet quasi diceret a morte confirmatū fuisse ttū, et confirmatas adquisitiones servorū quæ pendebāt. d. l. 73. §. 1. de V. O. eatenus enī hæres a morte hæres videtr: non aliter neque quoad dominiū ut diximus d. n. 24. alias valida foret stipulatio in casu d. l. 16. de stip. serv. d. l. 27. §. fin. de pact. iuncta d. l. 18. §. 2. et l. 12. §. 1. de captivis =

28 Sed quamvis per servum actio hæreditati adquiratr, non ideo exercitium actionis adquiritr ex ratione l. 61. de adq. rer. dom. ita taliter ut in actionibus temporalibus per servum hæreditarium quæsitis non antea incipiat computari tempus quam agi posit, quod post aditionē contingit, etenim impedito non currit tempus l. 1. de divers. et temp. l. 25. de stip. servor. neque his obstat l. 4. de divers. et temp. etenim aliud est tempus a iure asignari quo casu non antea currere incipit, quam posit agi; aliud est tempus asignari volūtate partium, quo casu statim currere incipit contra creditorem quamvis agere non posit ut in d. l. 4. ex ratᵉ. de qua ibi: erit iniquissimū ex conditione actorū obligationes reorū extendi. ita Valentia d. lib. 3. tr. 1. cap. 2. n. 11. constat enī hæreditati actionē quæri posse licet tunc dum iacet agi non posit: ex qua fit ut si testatori sit promissū sub pœna eo mortuo posit pœna commiti. l. 77. de

D. D. lg. 2. de naut. fenore, quia pena committitur sine facta creditoris cum dies interpellet pro homine. lg. si fundus 4. S. fin. de leg. commis. lg. 12. C. de contr. stip. Vall.ª d. cap. 2. n. 5. quo facit l. 13. de negot. gest. Vbi supponitur penam committi contra hereditatem iacentem de cuius exposit. idem Vall.ª n. 6. 7. et 8. neque obstat l. 2. S. Vlt. de Vsuris quatenus pena iacente hereditate committi negat; nam ideo non committitur q.do creditoris hereditas iacet quia non stat per debitorem quominus non soluat siquidem non est cui solutio fiat. Vallentia n. 9. et 10. omnino videndus. adquiritur enim obligatio et actio hereditati seu defuncto in ea representato. et similiter ipse defunctus obligatur ex causa precedenti. lg. 24. de novat. neque quia est vera persona subiectum ve capax obligationis actiue, et passiue vt constat ex d. lg. 24. iuncta lg. 14. in fine eod. Vbi dicitur obligationem non oriri ex conditionali conuentione facta ab eo qui deportatus existit tempore quo impletur conditio et ideo hoc procedere quia eo tempore non est persona: ergo si in casu lg. 24. eod. iacente hereditate oritur obligatio ideo erit quia tunc persona inuenitur. idem argumentum deduci potest ex lg. 5. in princ. vt legatorum. sed instabis mortem naturalem, et ciuilem equiparari. et ideo si post mortem ciuilem deficiat persona etiam post naturalem mortem deficere dicendum fore: Respondeo vt supra cap. 3. n.   non in omnibus equipararis et ideo a morte ciuili ad naturalem non concludere argum.ª, sicut neque econtra vt constat ex d. lg. 14. iuncta lg. 24. de nouat. =

29 Obijci potest §. 2. inst. ibi non dum adita haereditate personae vicem sustinet non haeredis futuri, sed defuncti cum etiam eius qui in utero est servus recte haeres instituatur. ubi probat Iustinianus servum haereditarium posse institui ex eo quod servus posthumi institui possit. sed servus posthumi ideo potest institui quia posthumus retro fingitur natus. lex. 26. de stat. hom. lex. 7. eod.: ergo ideo servus haereditarius quia haeres retro fingitur haeres a morte testatoris. idque argumentum confirmat. lex. eius 64. de haer. instit. ut huic difficultati satisfaciam. 1. notandum est servos habere ex se capacitatem et eo respectu personae servi inspici in testamentis lex. 82. §. ult. de leg. 2. sed non habere capacitatem civilem ex quo fit ut si dominus non sit capax iure civili hoc est si non habeat testamenti factionem passivam servus eius non possit institui d. §. 2. lex. 52. de haered. inst. cum alijs e contra si dominus servi habeat capacitatem civilem et tamen propter aliquod impedimentum extrinsecum impeditus sit alicuius adquisitionis rectae id ipsum quod domino nequit adquiri servo eius legatur ut in casu d. lex. 82. §. ult. de leg. 2. notandum est. servum haereditarium accipere capacitatem a defuncto et non ab haerede. d. lex. 52. de haered. inst. cum alijs supra tactis. 3. notandum est in institutionibus tria tempora atendi in quibus capacitas haeredis, aut legatarij requiritur, nempe in haereditatibus tempus facti testamenti mortis testatoris et aditionis lex. 49. §. 1. de haer. inst. lex. 59. §. 3. et 4. eod. capacitas enim in his temporibus exigitur siue homines liberi instituantur, siue illi qui in eorum potestate sunt. §. in extraneis 4. inst. de haered. qualit. et diff. ex quo fit ut instituto servo haereditario inspiciatur capacitas defuncti domini, et tempore testamenti et mortis instituentis. d. lex. 52. de haer. inst. fit etiam ut tempore aditionis debeat habere dominum capacem adquirendi, cuius iussu adat

servus hereditatis. hic enim non est defunctus, sed heres post aditionem, et ideo attenditur capacitas domini defuncti in servo hereditario duobus temporibus, et exigitur capacitas heredis iam facti tempore quo servus heres institutus iussu heredis domini tunc sui debet adire. his positis facilis et plana est solutio: nam in d. §. 2. et in l. 64. de her. inst. a servo posthumi a servo hereditario, et econtra arguitur non respectu capacitatis requisitae in duobus primis temporibus, sed respectu capacitatis requisitae tempore adquisitionis: nam cum institutio servi hereditarii nullo existente successore irrita redditur, et similiter institutio posthumi aut servi posthumi nullo posthumo nato irrita fiat inde dubitari poterat, an tales institutiones possent necne esse validae cum incertum adhuc esset quis percepturus esset utilitatem institutionis, quis ve praestaturus esset capacitatem instituto servo, et huic dubio occurritur in d. iuribus ut patet: nam in d. §. 2. prius dicitur servum accipere capacitatem a defuncto domino, itaque non erat dubium de prima capacitate igitur comprobatio arg.o posthumi ducta tendit ad demonstrandum non ex eo institutionem servi hereditarii claudicare quia non certo constet an futurus sit heres cuius iussu et capacitate adire posset; cum etiam in servo posthumi contingat ut possit aliter fieri; et tamen propter eam contingentiam non fit inutilis institutio servi posthumi. hoc enim apertius confirmatur ex d. l. 64. de her. inst. ibi enim posse servum posthumi institui ex eo probat IC. quia etiam servus hereditarius potest institui quamvis ante aditionem nullius sit: si haec accipimus de capacitate primis temporibus requisita pugnat d. l. 52. eod. cum aliis: quod necesse est ut accipiantur de capacitate futura tempore aditionis adquirita quae licet iacente hereditate non appareat a quo sit praestanda cum respectu ad eam et futurum successorem

nullius interim sit servus non tamen reddita exinde nulla institutio sed in pendenti extat. ideoque la verba nullius sit accipienda sunt de successore quasi nullius successoris sit servus hereditarius et ideo non apareat quis præstaturus sit capacitatem servo hereditario, sicut neque aparet in servo posthumi donec nascatur. =

30 Si autem quæris à quo accipiat capacitatem servus posthumi in duobus primis temporibus. Resp.° ab ipso posthumo, vel quia posthumus alienus nunc et antea institui poterat ut ad literam cum inst. in §. 28. inst. de leg. tuetur Richard. in præd. inst. de bonor. poss. ex d. §. 28. ex leg. 16. qui test.a fac. poss. et d. præd. de bon. possess. omnino si hæc sententia placet videndus: vel quia posthumi concepti ut probabilius iudico semper institui potuerunt d. §. 28. quamuis non concepti, nec semper, nec omnes potuerint institui de quo casu intelligo ll. opositas ut. l. 29. §. pen. de lib. et posth. vel denique quia quidquid fuerit de posthumo non inde inferetur servum posthumi non potuisse institui, etenim cum habeat et præstet personam naturalem d. leg. 82. de leg. 2. in fine. sufficiebat capacitas civilis posthumi nasciturі, quam habebat propter retrofictionem d. leg. 7. et 26. de stat. hom. et ex hoc fiebat ut quamvis ipse posthumus non posset institui, potuerit tamen eius servus arg. d. leg. 82. §. ult. plura de hac re tradit Pinell. 1. select. cap. 11. per totum cautè tamen erit legendus etenim ex supponitione fictæ personæ hereditatis et retrofictione heredis expendit d. §. 2. inst. de her. inst. videro. Gofred. in d. leg. 64. de her. instit. =

31 Ex his explicatur l. 3. §. 6. de neg. gest. ubi negotium hereditate iacente gestum nec cum defuncto nec cum herede gestum fuisse dicitur, quod quidem verum est propter prædictum

futuri successoris: eatenus quidē non dicitr negotiū defuncti quatenus omnia quē retinet defunctus eatenus retingtr ideo quatenus ad futurū hæredem pertinere possunt. et ideo cum eo fine et respectu a defuncto retineantr dessiciente spe hæredis alicuius, bona iura que omnia fiunt vacantia, fierent absolute et proprie nullius nisi fiscus sibi ea reseruasset. lg. 96. §. quoties. lg. 114. §. qui in testato de leg. 1. lg. 1. in prīo de success. edicto de qua re Vallent. lib. 3. tract. 1. cap. 3. ex n. 15. quamuis id ex defectu fictionis fatso deducat. videndus tamē ex d. n. 15. vsque in finem cap. ratio enim ob quam deficiente spe alicuius hæredis amplius non sit hæreditas dependet ex eo q̄d diximus cap. 1. in definitē hæreditatis: cum ea sit ante aditionē aptitudo succedendi hæredibus competens inde fit vt omni deficiente posibilitate hæredis futuri dessiciat etiam aptitudo succedēdi = sed vt reuertamur ad d. lg. 3. §. 6. de neg. gest. eatenus negotium cum hærede gestum non videtr quatenus tunc idest ante aditionē non est hæres: si enim vero hæres esset non fuisset necessariū de eo edicere seu hoc explicare in d. §. 6. attamē recte ibi dicitr eū obligari ex eo quod cum ad eum postea bona pertinegt necesse est, vt negotiorū gestori teneatr ex bono et æquo =

32 Infertr etiam ex dictis circa dominiū serui hæreditarij, siue legatus ille sit, siue non, non confundi regularitet actiones q̄ vtique eueniret si seruus legatus vero hæredis esset antequā ad legatarij dominiū transiret vt in casu lg. 61. de furtis: idē dicēdū est de seruitutibus quando testator esset dominus prædij dominantis, hæres vero seruientis et prædium dominans legatum sit. nam quamuis ex concursu eiusdē dominij in vtroque prædio confundūtr seruitutes; sicut etiam actiones confunduntur q̄o conceptus

debitoris et creditoris in una persona concurrunt lg. 1. quemadm. servit. amit. iuncto §. si servus domino inst. de noxalibus. lg. 1. §. 1. si is qui tt.o in praesenti tamen non datur talis concursus cum haeres non sit rerum dominus. hoc tamen procedit regulariter attamen potest dari casus in quo et actiones et servitutes confundantur quin haeres sit rerum dominus. v.g. si haeres habeat praedium serviens et testator dominus praedij dominantis illud leget sub conditione, quae non fuit adimpleta nisi post aditam haereditatem: hoc casu haeres adeundo fit dominus praedij dominantis sub conditione legati et ideo in eo utriusque praedij dominium in haerede concurrit, et de hoc casu accipienda est l. 18. de servit. ubi non dicitur omnes servitutes confundi, sed aliquas tantum ibi in omnibus quae adit.e confusae sunt = Possunt etiam confundi si ego habeam praedium dominans, et institutus sim a Titio qui a me legat praedium serviens quod est alienum, quo casu cum emerim praedium confundo servitutem ex eo quod utriusque praedij dominium habuerim. similiter si a me habente praedium serviens legetur dominans praedium alienum debeo emere, et et me domino facto confundantur necessario servitutes. de quo casu accipienda est l. 116. §. fin. de leg. 1. = similiter confundi possunt si praedio dominante legato a testatore eius domino iacente haereditate praedium serviens adquisitum sit defuncto seu eius haereditati, aut completa usucapione a defuncto coepta, aut ex adquisit.e per servum haereditarium facta de quo casu etiam potest accipi d. l. 116. §. fin. de leg. 1. lg. 70. in princ.o et §. 1. lg. 84. §. 4. eod. = Denique confunduntur actiones et servitutes etiam extra hos casus ex eo solum quod legatarius petat actione personali. etenim q.do ita agit haeres est dominus rei legatae ab aditione numquamque facta legatarij

aparet quamuis si petierit actione reali retro ab aditione sit dominus legatarius. Gofred. in d. lg. 52. de hær. instit. ex n. 69.=

33 Similiter ex eo qd inspiciatr capacitas defuncti quoad servi hæreditarij adquisitiones infertr qd si miles instituat deportatū qd potest ex priuilegio facere lg. 13. §. 2. de ttº militis, si alius qui hoc priuilegium legandi, aut instituendi deportato non habuerit legét servo hæreditario, et dies legati cedat iacente hæreditate tunc cum illud legatū adquiratr hæreditati militis, et hæc deportato possit adquiri efficitr vt deportatus oblique adquirat legatum quod alias adquirere non poterat, qd prouenit ex eo qd persona defuncti attenditur. d. lg. 52. de hær. inst. in qua notādū est ibi tacite indicari posse euenire, vt qui tti factionē actiuam habet, pasiuam non habeat, qd dificile est: posibile tamē inquit Gofredus in d. lg. n. 29. in damnato capitaliter ex militari delicto cum ei vt reguratr sit reseruatr in sententia, actiua tti factio lg. 6. §. 6. de iniusto rupto. quo casu eā vtrāque amiserit et solā actiua ei reseruetr eā dūtaxat habet. arg. lg. præcipimus C. de apelat.=

34 Ex his etiam fit vt si servus tto domini libertatem accepexit quæ competit ab adita hæreditate. lg. 7. et 8. qdo dies leg. cum interi sit defuncti hæreditati adquirat. lg. 68. §. 1. de leg. 1. sin autē libertas servo sit relicta sub condit.e et hæres necesarius aut suus existant qa tunc non datr hæreditas iacens cum hi statī sint hæredes, ideo eis iam dominis adquirit. d. lg. 68. §. 1. hinc etiam prouenit vt cum dominus libertatē et legatū servo reliquerit modo vtile modo inutile sit legatum; tunc vtile, cum ita libertas relinquitr

Vt possit competere antequam cedat; quia eo casu servo iam libero facto adquiritur: tunc inutile cum non ita libertas relinquitur, quia hoc casu cum cedat eo tempore quo est in dominio haeredis sit inutile quia nequit esse fieri ut haeres sit creditor propter servum tunc suum, et debitor qua haeres est. leg. 91. §. praesenti de leg. 1. leg. 86. de cond. et dem. vide Valentia d. cap. 3. n. 10. et 1. ex quo etiam explicatur l. 13. de opt. leg. vide eundem Val. n. 12. et 13. diximus in suis haeredibus, aut necessariis non dari haereditatem iacentem, quod ex eo provenit quia statim sunt haeredes. sed quamvis non debuit haereditas iacens, nihilominus datur haereditas quia etiam post aditionem datur ut diximus probavimusque cap. 1. ex n. 21. Vnde corruunt ea quae congerit Valentia in assignanda ratione ob quam in suis non datur haereditas. Valentia cap. 3. n. 5.=

35 Arguere tamen ad probandum retrofictionem haeredis ex leg. 34. de haered. instit. eod. ex quibus constat haereditatem ex die vel ad diem dari non posse sed hoc non alia ratione procedit quoad haereditatem ex die datam, nisi ex eo quod impediretur retrofictio haeredis, ut ait Valentia cap. 1. de adq. haer. n. 25.: ergo huiusmodi fictio necessario erit admittenda. quod argumentum fulcitur ex leg. 9. §. si quis ita 14. de haer. instit. uncto quod institutio conditionalis aut in diem incertum collata subsistit quia retrotractio non impeditur per diem incertum seu conditionem. leg. 38. de testo. militis; et similiter libertas ex die certo dari potest. leg. 41. in principio de manum. testo. leg. 1. et 13. §. vlt. de stat. lib. quod ideo videtur procedere, quia non est necessaria continuatio a morte sicut in institutione ut ait Valentia d. cap. n. 27. Respondeo tamen servum posse institui pure data libertate ex die quamvis alias ex die haereditas dari non possit. leg. 9. §. 17. et seq. de haer. instit. ratio autem a fictionibus non dependet:

nam ideo ex die pure hæreditas ideoque in diem dari nequit quia qui ita instituit quatenus ex se est vult ante diem vel ex die esse locum venientibus ab intestato. at vero q.do instituit in diem incertũ qui pro condit.e habetur l. 75. de Cond. et Dem. aut sub conditione vera, seu instituit servum pure data libertate in diẽ certũ non vult esse locũ ab intestato venientibus p.te euentũ conditionis diei incerti, seu antequã compe-tat libertas in diem certũ data sed vult suspendi aut pendere institutionẽ vel a conditione aut eo q.d pro conditione habetur, aut si (si loquimur de ser-uo pure instituto data in diem certum libertate) vult institutionẽ pendere non a die certo libertatis, sed a conditione si liber factus fuerit, et ideo nũquam fit, quatenus attinet ad voluntatẽ testatoris sit lo-cus venientibus ab intestato. sed q.do institutioni ad-hæret dies certus, aut ex die ea fit tunc quatenus attinet ad volũtatẽ ante diẽ vel ex die fit locus ve-nientibus ab intestato q.d patet. nam illud tempus mediũ inter mortẽ testatoris et existentiã hæredis adeuntis ipsi hæredi prodesse debet, sive venientib.s ab intestato non propter retrofictionẽ, sed prop-ter continuationẽ: at vero q.do hæreditas datur ex die ipse testator recte videtur ut continuatio hæredi non prosit nisi ex die institutionis, et ideo ante diẽ esset locus venientibus ab intestato: q.do hæreditas datur in diem idem accidit etenim cum hæres debeat esse successor in universũ ius defuncti et quidẽ per-petuus si is non possit dici successor nisi usque ad certum diem ex tunc esset locus venientibus ab in-testato et fieret ut idẽ testator partim testatus partim intestatus decederet. hoc enĩ inconveniens ñ datur neque in libertate ex die data, sed in libertate in diem datur idem fere inconveniens q.d j hæreditate

neque datur præfatum inconveniens q.do servus instituitur pure data in diem libertate, nq enim testator in tali casu non directo suspendat in diem hæreditatem sed obliquè sit ut non ideo velit esse locum venientib. ab intestato q.d patet nam si in tali casu servus ante diem meruerit aliunde libertatem ut in casu leg. 90. de hær. inst. tunc ante diem potest adire. arg. leg. 72. de adq. hæred.: q.d ideo est q.a ex voluntate testatoris non hæreditas, sed duntaxat libertas suspensa erat ex die, et quamuis ex libertatis suspensione etiam hæreditas suspendatur, n.o tamen eodem modo, etenim dies libertatis respectu institutionis facit conditionem aut diem incertum ut optime explicat Vallentia d. cap. 1. n. 28. =



De natura, et substantia possessionis aliqua præmittuntur quæ ad quæstionem de possessione hæreditatis iacentis postea discutiendam deserviunt

CAP. VI.

1 An à sedibus, vel pedibus denominetur possessio disputant inutiliter DD. propter varias lecturas l. 1. D. de adq. possess. quidquid sit parum interest ad cognitionem huius materiæ, etenim in d. l. 1. solum agatur de allusione huius vocis, constat nihil ex ea deduci, siquidem dato quod argumentum ab ethymologia probet, certum est contrarium evenire in argumentis ab allusione deductis, ut diximus de mutuo cap. 1. n. et ad rem notat Valla. lib. 1. illustr. tr. 2. cp. 1. n. 15. possessio aliquando sumitur pro proprietate, aut dominio, veluti in casu quo quis legaverit possessiones suas: leg. interdum 78. de V. S. l. 41. §. 1. de leg. 3. l. 4. C. de contr. empt. leg. ult. C. de prædijs minor. sicut etiam dominium significat possessionem leg. 15. C. de rei vind. et usus pro possessionis continuatione, et usu usurpatur. leg. 82. §. 1. de leg. 1. leg. 19. leg. 20. et 23. in princip. ex quib. caus. leg. 32. in princ. de usur. quamvis usus à possessione differat leg. 1. de furt. notat Valla. d. tr. cp. 2. n. 4. et s. ex quibus patet intellectus. leg. quæstio 115. de V. S. ibi: possessio ergo usus in quib. aliqui voluerunt definitum fuisse possessionem; sed minus rectè, cum ea ab usu differat in d. leg. possessio usurpatur pro proprietate minus plena, et quæ fere in usu consistit, ut explicat Vall. d. C. 2. n. 1. 2. et 3. =

2 Cum nulla leg. definita possessio inveniatur, et eius substantia sub pluximarum difficult. tenebris lateat arduum semper visum fuit, etiam Doctissimis

✠

rectam definitionem possessionis assignare, ita ut Alciatus, et alij neque id facere ausi fuerint, teste Hotomano lib. 2. observ. 1. plures q° definitiones possessionis inveniuntur, ex quibus eam veram esse contendo, quam ex veteribus tradit Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 21. th. 1. lit. e. ubi possessionem definit: *ius corporaliter insistendi rei vacuæ*, quam fere tradiderunt Barth. Alex. Cuman. et Ripa in repetit. ad d. lg. 1. de adq. possess. D. Covarr. in reg. possessor. de cl. 5. in 6. cp. 1. part. 2. n. 3. quos refert Vallª. d. tr. 2. cp. 2. n. 7. quib. adhæret Borcholt. in tr. ad tit. de adq. poss. cp. 1. ex n. 17. ubi Bartholi definitionem tuetur, nec multum abest Gofr. qui in lg. gerit de adq. her. ex aliquorum opinione possessionem definit: *ius quæsitum ex corporali rei aprehensione animi, et corporis, iuris adminiculo concurrente, quo quis penes se habet rem*. Hi omnes in eo conveniunt q° possessio semel constituta seu adquisita sit ius sumto iure pro facultate et potestate insistendi, sicut in definitione actionis *ius persequendi* usurpatur pr. inst. de act. nam ideo ius dicitur possessio, quatenus non tantum possidet qui actu insistit, sed etiam qui est in facultate insistendi rei, ut peregre a re possessa profectus. lg. 6. §. 1. de adq. possess. et ideo in lg. 3. §. 13. eod. dicitur hactenus rem possidere, quatenus si velimus, naturalem possessionem nanisci possumus, idest corporaliter tenere possumus; etenim naturalis aliquando usurpatur pro facto insistendi, aut detinendi corporaliter rem, q° factum dicitur naturalis possessio, quatenus iure naturali præstat initium possessionis, aut quatenus comparative ad animum, quo retinetur possessio, constituit non aliam possessionem, sed aliud modum possidendi, q° est verius ut postea dicemus=

3 Dicitur ius corporale insistendi, q° intelligendum est de facultate proxima, et expedita. d. lg. 3. §. 13.

neque obstat q.d servum fugitivum possidemus, licet potentia proxima, expeditaque eum servum tenendi non sit. lg. 13. et 15. eod. nam servum fugitivum non vere possidemus, ut constat ex d. lg. 13. in prin.o ibi: possideri videtur d. lg. 15. ibi: quare videamur fugitivum possidere; dicitur tamen nos videri possessores fugitivi quoad effectum usucapiendi, et possidendi rei, quæ apud ipsum sunt, ut constat ex d. lg. 15. ibi: et hæc ratio est, sicut captus ab hostibus dicitur possidere per servum quoad effectum usucapiendi. lg. 12. §. 2. de capt. præterea cum dominus servi fugitivi non amiserit animum eum capiendi, et hoc sit moraliter possibile, adhuc dicitur esse in potentia detinendi, q.d sufficit ad continuandam possess. d. lg. 3. §. 13. iunct. lg. 12. §. ult. de reb. aut. iud. pos. lg. 6. §. 1. de adq. possess. nam animo retinetur quo usque spem recuperandi amittamus, aut sit summe difficilis, moraliter que impossibilis recuperatio. lg. 3. §. 8. lg. 7. lg. 25. §. ult. eod. lg. 1. §. 24. 28. et 29. de vi, et vi arm.=

4 Possessio licet facto adquiratur, semel quæsita non facti, sed iuris est Barth. in d. lg. 1. n. 6. et ibi Socin. et Joes. Borcholt. d. tr. cp. 1. D. Covarr. 2. part. relect. ad cap. possess. init. n. 3. ita his DD. placet: alij tamen dicunt et in adquisitione et in continuatione esse facti, non iuris, quos refert et sequitur. Vallª d. cp. 2. ex n. 31. et post eum Asin in tutr. de usucap. n. 200. sed verius puto dicendum possessionem adquisitam (nam de eius adquirendæ modis non disputamus) esse facti habitualis, seu facti habituale, quatenus qui facto et animo capit possessionem eatenus possidet, donec factum habituale, hoc est habitus, seu ius ex facto quæsitum non interrumpatur. sed hic habitus, in quo consistit possessio ius est, dicitur tamen facti esse,

quatenus ab initio ex facto ortus fuit; sicut consuetudo dicitur esse facti cap. p.° de consuet. cum tamen sit ius non scriptum, ut expresse apellatur a JC. in lg. 32. in prin. ibi: et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. lg. 35. de legib. =

5 Est enim possessio ius ex detentione quesitum nam ut diserte ait Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 21. th. 1. lit. Cl. §. si possessionem, inconveniens fuisset possessionem extingui possessore duntaxat a re possessa corpore recedente: et ideo iuri gentium convenire putat Bachov. ut absens possessionem retineat dicitur facti quatenus facto adquiritur et ideo est facti in adquisitione: dicitur etiam facti in continuatione non quia ea sit factum vere et proprie; sed quatenus eo usque possessio durare solet donec factum contrarium non aponatur per alium. lg. 3. §. 9. in fine de adq. possess. lg. 15. eod. itaque proprie et substantialiter est ius. quod probo ex pluximis fundamentis 1. ex lg. 44. in prin. hoc tit. de adq. possess. ibi ius possessionis. lg. 31. §. fin. de act. empti. lg. 5. C. de liberali caus. lg. 10. C. de adq. possess. ubi dicitur possessionem aliam esse quae iure, aliam quae corpore consistat, et postea cum de utraque loquatur Imperator Constantinus, aut supponit utramque ius esse ibi super iure possessionis vailet: quod ideo procedit quia possidere iure, aut corpore; non deferunt substantialiter, sed duntaxat quoad modum, etenim nec minus ille qui corpore possidet ius possessionis habere dicitur, quam ille qui iure posidet. 2.° probatur quia iure prohibente non datur possessio. lg. 26. in prin. de donat. inter. lg. 38. §. hec quoque stipulatio de V.O. et econtra iure non impediente potest adquiri possessio arg. d. ll. a contrario sensu. et hec Valent. d. cap. 8. sibi objicit duntaxat. n. 38. =

6 Verū enī vero plurima alia fundamenta pro hac sententia militant. ea enī 3. probatr ex lg. 2. §. 38. ff. ne quid in loco publico. ibi et iure possessionis fruitr. 4. probatr, quia obligatio et possessio æquiparatr. arg. lg. 46. de adq. possess. sed obligatio est ius resultans ex facto conventionis: ẽ° etiam possessio est ius ex apprehensione resultans: similiter dominiū ex traditione seu facto adquisitionis quæsitum est ius: ẽ° etiam possessio semel ex facto adquisita est ius producens usucapionē et inter dicta possessoria, sicut obligatio producit actionē personalem et sicut dominiū reale actionē tribuit = 5. probatr ex tex. in lg. 23. de adq. possess. quē adversæ sententiæ sectatores male pro ea afferunt. ibi enī dicitr adita hæreditate omnia iura ad nos transire possessionē autē non apprehensā non transire; ut ẽ° hæc exceptio de possessione facta, sit de regula, quæ in d. lg. 23. statuitr, necessaria infertr possessionē ius esse, quasi diceret I.C. quamvis omnia iura transeant ius possessionis nō transit sine apprehensione = 6. probatr. nam possessio ut in confesso est animo retinetr. lg. 6. §. 1. lg. 25. §. ult. lg. 46. de adq. possess. Val. d. cap. 2. n. 25. et 26. et duob. seq. sed factum nequit animo retineri pro ut factū est: ẽ° possessio non potest dici factū substantialiter esse. Minor probatr nam ad adquisitionē possessionis animus cum facto requiritr. lg. 3. §. 1. 3. et 6. de adq. possess. Vallent. d. c. 2. n. 17. ubi plures ll. pro more congerit, et numeris seq. ubi late de ea re usque ad n. 31. sed in continuanda sufficit animus ut supra ostendimus, licet factum deficiat: ẽ° factum nō animo retinetr alioquim et facto, et animo retinenda esset possessio, sicut adquiritur. Denique id comprobat. lex 3. §. rerum 13. de adq. possess. =

7 D. Hieronimus de Asin illustris Oscensis contrariū tenet cum Fabro et Vallentia quē ait efficacissimis

rationibus probare possessionem non ius sed facti esse. ita Arin n. 200. in rubr. C. de vincap. quare opere pretium erit fundamenta valentiae examinare. sed prius videamus quid respondeat ad ll. s. n. adductas quas ipse sibi obijcit. n. 41. d.c. 2. ex lg. 49. de adq. possess. constituit possessionem plurimum ex iure mutuare idest plures iuris effectus habere et eo respectu ius dici contendit non quia sit ius intrinsece, sed propter effectus iuris quos habet; sed licet possessio plurimos effectus iuris habeat ex hoc solum infertur eam posse dici iuris improprie et quoad ad effectum quod a iure habet. sed in d. ll. non semper loquitur de possessione quo ad effectus iuris, seu a iure acceptos ut in d. lg. 44. in princ. de adq. possess. ubi ius possessionis dicitur quoad continuationem quod est naturale ipsi possessioni. similiter d. lg. 31. §. fin. de act. empt. loquitur de possessione simpliciter sine ullo respectu ad effectus iuris. praeterea in d. ll. non solum dicitur iuris esse sed eam ius esse. lg. §. fin. et in lg. 5. C. de lib. caus. obtinere possessionis ius non est obtinere effectus possessionis, sed eam ipsam possessionem. nihil facit d. l. 49. de adq. possess. nam quamvis plurimum ex iure mutuetur non infertur eam non esse ius: dicitur possessio ius quia est facultas, seu potestas insistendi quae plurimum a iure civili mutuatur; et hoc necesse est, ut concedant adversarij: alias ex eodem modo arguendi infertur eam non esse facti. nam in lg. 49. ex quib. caus. dicitur possessionem plurimum facti habere ex quo posset argui eam non esse facti. Denique licet his legib. n. 5. adductis responderi possit adhuc muniti sumus alijs probationibus quibus bona fide responderi forte non posset quicquam, maxime ultimae n. praecedenti adductae. =

8 Non prodest sententiae oppositae quod possessio detentio dicatur. lg. 15. §. ult. ex quib. caus. lg. 5. in princ. de impensis. lg. 8. §. 1. in fine C. de praescrip. 30. vel 40. annor.

nam dupliciter potest dici detentio, vel quatenus est detentio iuris insistendi rei, vel quatenus est habitus ex facto adquisitionis ortus qui retineri donec n. interrupatur incompatibili alterius facto, seu alijs modis amittendi ius possessionis: et in quocumque ex his acceptionibus possessionem dicamus detentionem nihil obstat, etenim in eo sensu idem est quod ius, seu facultas insistendi, neque alio sensu potest detentio dici; alias absens non possideret, siquidem non habet detentionem quae sit facti sicut neque dormiens et tamen constat eos possidere. leg. 6. §. vlt. leg. 44. §. vlt. de adq. possess. quo facit l. 46. eod. vbi dicitur possessionem solo animo retineri: quod sine facto retinetur: diximus n. 6. ex quib. constat perperam detentionem constitui genus in definitione possessionis vti fecit Donell. lib. 5. com. cap. 6. Greutt. vol. 2. disp. 21. th. 1. Valentia d. lib. 1. tr. 2. cp. 2. Ruga in mat.a de adq. possess. cap. 1. n. 1. =

9 Sed possessionem non iuris sed facti esse probat Valentia d. c. 2. n. 21. primo ex leg. denique 19. ex quib. caus. maior. in illis verbis: possessio plurimum facti habet. Resp.o possessionem esse facti in adquisitione, et etiam semet constitutam plurimum facti habere quatenus facto incompatibili cum possessione ea amittitur, huius generis est factum captiuitatis d. leg. 19. leg. 23. §. 1. eod. quia non possunt possidere qui ab alio possidentur. leg. 23. §. 1. de adq. possess. similiter amittitur possessio per factum alterius veluti si deijciat vi possessorem; ita vt possessor animum recuperandi amittat, vel vt recuperatio summe difficilis fiat. leg. 25. §. fin. eod. leg. 46. iuncta leg. 3. §. 8. eod. et hoc modo potest pupillus corpore amittere possessionem. leg. 29. eod. corpore nempe alieno quia cum ea facto incompatibili extinguatur, nequit fieri vt subsistat posito contrario incompatibilique facto: igitur dum dicitur possessionem plurimum facti habere etiam post quam est constituta hoc vnum significatur: nempe plurimum a facto dependere ne interrumpatur contrario facto et hoc sensu procedit. l. 12. §. facti 2. de capt. vbi possessio dicitur causa facti quatenus eius interruptio

a facto captiuitatis q̃ est incompatibile ex ratione d. lg. 23. §. 1. de adq. possess. dependere constat. =

10 Secundo loco id probat Vallentia ex eo quod captiuo omnia iura reseruentur et restituantur. lg. 22. §. 1. de her. inst. sed non restituitur possessio d. lg. 19. lg. 23. §. 1. ex quib. cau. d. lg. 22. §. 1. de adq. possess. : ergo quia possessio non est ius: sed respondeir: omnia iura postliminio restitui, aut suspendi quae talis naturae sunt ut in priuilegio captiuis concesso contineantur, nam eatenus haec restitutio extenditur quatenus ius concessit: et ideo in d. lg. 23. §. 1. non dicitur omnia iura restitui. sed omnia iura ciuitatis: hinc fit ut non restituantur iura quae non facile possunt fingi penes captiuum extitisse quale est ius possessionis (dico non facile quia ius posset possessionem restituere ex fictione postliminij ut alibi dicemus etenim licet ius non fingat regulariter circa ea quae a facto dependent posset tamen ~~[illegible]~~ ut subtiliter notat D. Castilla in manuscript. de singularit. mutui sect. 2. n. 14. et 15.) et hoc ideo quia a facto eius interruptio dependet ut supra diximus et quandam speciem pugnantiae contineret eius restitutio ex ratione d. lg. 23. §. 1. de adq. possess. quae omnia confirmat lg. Diui 25. de captiuis ubi filius qui apud hostes conceptus et natus erat si cum matre sola reuertatur non habetur ut legitimus: haberetur tamen utroque parente reuerso. ex qua lg. constat non omnia iura restitui; deinde constat non restitui reuersum in eo cuius restitutio aut fictio speciem repugnantiae inuoluit. sed de his latius infra cap. 8. ex n. 5. =

11 Tertio idque comprobat Vallentia ex lg. 3. §. 1. de bonor. possess. ubi in eo opponitur bonorum possessio a rerum possessione quia illa est iuris magis quam corporis, haec magis corporis quam iuris esse videatur. Resp.º in primis, hinc agi de bonorum possessione quaerenda, et ideo rerum

possessiong ei opponi in eodg sensu id est in fieri quo casu magis corporis, quam iuris est. 2.º resp.º rerg possessionem saltim vt ex d. arg. inferri esse iuris licet magis corporis q.º obstat asserenti eg totg esse facti, idenq asserit Vallentia et ad id probandg hoc argumentg deducit. 3. respondeo. bonorg possessiong dici magis iuris eo sensu quo postea §. sequenti definitr ius persequendi: igitur eodg sensu possessio rerg dicitr magis corporis id est quatenus est ius insistendi rei: dicitr magis corporis quia hoc ius facultas ve insistendi respicit corpus posidentis respicit factum, seu dependet a facto; et quamuis in rei veritate magis sit iuris quia in substantia est ius comparatiue tamg ad bonorg possessiong magis corporis dicitr, tum quia a corporali apprhensione incipit, tum quia in continuatione a facto dependet. sed precipue dicitr magis corporis atenta adquisitione quo sensu comparatr cum bonorg possessione in d. §. 1. ex quo non obstat q.º 4 loco adducit Vallentia ex l. 1. §. 4. de adq. possess. vbi possessio dicitr facti etenim loquitr hic §. de possessionis adquisitione que facti est, non de possessione quesita que est ius a facto ortum, et a facto dependgs ne interrupatr=

12 Quinto loco adducitr. l. 1. §. egrota 15. si is qui tt.º vbi possessio dicitr facti et animi: sed inito argumentg nam si dicitr facti et animi, et hec opponuntur vtique infertr non esse omnino facti q.º ex hoc textu vult probare Vallentia. Resp.º possessiong quoad modum posidendi ita diuidi vt alia sit animi tgtg vt possessio absentis, alia facti et animi vt possessio insistentis et occupantis actualiter rem prima est in hereditate. 2.ª non est in ea vt cap. seq. probabimus, et tuemur. et ideo in d. §. 15. dici hereditatg non habere possessiong (illam scilicet) que facti est et animi, in

quibus tacite supponitur illa habere quæ sit animi tantum: et ne violenta videatur hæc expositio quam Pirado tradit notare oportet relativu restringere ut in lg. 9. de iust. et iur. ibi omnes populi, qui legibus, et moribus. lg. actus legitimi ff. de R. I. ubi relativum qui restringuit ut ex Hotomano 32. illustr. fol. 240. notat Gofred. in glosa lit. i.: his suppositis iam constat d. §. non obstare nam et si det modus possidendi, seu possessio quæ facti, et animi sit non inde infertur eam non esse in substantia ius etenim diversitas inter possidentis animo tantum, aut possidentis facto et animo simul solum spectat ad modum non ad substantiam possessionis quæ eadem est in utroque casu, alias qui modo animo possidet si postea corpore et animo possideat diceretur diversam possessionem habere et iterum eo a rei detentione recedente aliter possidere, quod ridiculum foret. quæ quidem confirmatur ex lg. 1. C. de bon. vacant. ibi rei qui sine &c. ubi necesse est intelligere eorum qui sine &c. et necesse ut relativum restringat.

13 Sexto ad idem adducit Vallt.ª l. 23. in fin. de adq. possess. ubi dicitur adita hæreditate omnia iura in hæredes transire. sed possessio non transit (inquit Valentia) ut constat ex d. lg. ergo quia non est ius. Respº. ex hac lg. potius contrarium probari ut eam induximus supra n. 6. et si quæratur quare ius possessionis non transeat in hæredes Respº: quia possessio in adquisitione est facti, et ideo nequit transire in successores sine aprehensione quod non solum contingit in possessione sed etiam in dominio naturali quod non transit in hæredes antequam possessionem aprehenderint. de quo diximus cap. ult. ex n. præterea lg. 23. quatenus ait omnia iura transire non esse ita absolute accipiendam notare oportet; sed eam esse restringendam ad iura quæ morte non fuerunt extincta idest ad iura defuncti ut diximus cap. 1. n. iuxta

lg. 24. de V. S. et 62. de R. I. est enim possessio ius quod morte non extinguitur et ideo cum IC. dixisset omnia iura transire intelligendo de iuribus morte non extinctis, necesse fuit ut exciperet possessionem, ne alias crederemus eum fuisse in ea opinione ut existimaret possessionis ius ad haeredes sine apprehensione transire: quod esse in civile propter naturam possessionis cuius adquisitio est facti potius quam iuris ut supra diximus=

14 Septimo ita arguit si possessio esset ius, iure prohibente non posset adquiri; quod est falsum. lg. 1. §. 4. de adq. possess. lg. 16. eod. nec amitti posset ex iniusto seu violento facto: quod etiam est falsum lg. 6. §. 1. eod. lg. 12. et 18. de vi et vi: Respondetur ius non posse tollere facta et ideo si contingat ut maritus ex causa donationis prohibitae transferre velit possessionem et mulier eam accipiat facto et animo non potest ius facere haec infecta, sed necesse est ut factum influat in ius possessionis ut maritus amittat, et mulier adquirat: idque contingit in casu quo quis vi de possessione deiicitur, et ideo in utroque casu factum influit in possessionem, quod nullam repugnantiam continet: 2.° et verius respondeo ius prohibere donationem inter virum et uxorem et eam infirmare, et tamen non prohibere quoad substantiam adquisitionem possessionis: quo casu non obstante generali prohibitione actus subsistit. idque dicendum est de vi eiecto: nempe ius prohibere vim non tamen possessionis adquisitionem ex ea causa ortam. neque obstat l. 5. C. de legibus, etenim haec l. ita exponenda est ut optime ait Zoesius in tit. D. de legib. non ut distinguatur inter modos prohibendi, nam si prohibet factum non inde infertur eum non existere, aut habere efectum: sin autem eum specialiter quoad substantiam prohibeat tunc ipso iure nullum efectum habet: quare in presenti cum non detur prohibitio quo ad

effectum aut quoad substantiam possessionis recte potest dici eam adquiri non obstante prohibitione iuris =

15 Octavo hoc modo insurgit possessio per liberam personam adquiritur cuilibet. lg. 49. de adq. possess. lg. 11. §. pen. de pignor. act. sed ea quę sunt iuris n̄ possumus per liberam personā adquirere. lg. 38. §. alteri de V. O. d. lg. 11. §. pen. de pign. act. ergo quia non est iuris: Respondeo hoc argumentum cum maior et minor procedant de adquisitione n̄ plus probare quam possessionē in adquisitione n̄ esse iuris seu quod ipsa possessionis adquisitio non est iuris sed facti de quo non disputo. 2.º Resp.º quod et si aliqua quę iuris sunt non possint adquiri per liberam personam non tamen hoc est absolute verum in omnibus ut constat ex d. lg. 11. §. per liberam de pign. act. ibi ipsam autem obligationē libera persona nobis non semper adquiret: ergo aliquando adquirit quod constat ex lg. 2. §. 8. de reb. cred. lg. 20. in fin. de adq. rer. dom. et ideo minor propositio est falsa et corruit argumentū. de hac re satis egimus de mutuo cap. 7. =

16 Nono ita arguit quę sunt iuris ignoranti per servum adquiruntur. lg. 62. de V. O. lg. 53. de adq. rer. dom. possessio n̄ nisi scienti queritur. lg. 44. §. quęsitum de adq. possess.: ergo quia non est iuris: Resp.º etiam hoc argumentū duntaxat, sicut precedens probare possessionis adquisitionē esse facti: nam de adquisitione procedunt premissę. 2.º resp.º non eandē esse rationē in adquirēdo iure possessionis, ac in alijs iuribus. ratio est quia possessionis ius resultat a facto, et manet in terminis iuris naturalis et gentium magis quam alia iura, et ideo quamuis ex constitutione iuris ciuilis ignoranti per servum adquirātur

ex eo qd in persona servi nec momento dominij stare potest: non inde infertur idem dicendum de possessione, quæ non æquè iuris constitutionibus subijcitur, et in persona servi ut potè persona naturalis subsistere potest donec dominus sciat, saltim quoad factum insistendi. arg. §. 2. inst. de stip. servor., ita taliter ut insistentia et nuda detentio servi sufficiant ut postea domino consentiente quæratur ius possessionis, qd. autem probatur ex lg. 53. de adq. rer. dom. ubi Ict. docet quædam civiliter adquiri ut stipulatio quædam naturaliter ut possessio; hæc tamen differentia servata ut primi generis adquisitio per eos qui in potestate nostra sunt expediatur: at vero adquisitio naturalis perquæcumque tollentibus nobis expediri: ex quibus constat hanc diversitatem duntaxat quoadmodum acquirendi non vero ad substantiam iuris quæsiti expectare: De inde infertur ideo hanc diversitatem vigere inter modos adquirendi quia possessionis adquisitio est naturalis seu a naturali facto dependet et in terminis iuris naturalis remanet illius iuris naturalis, scilicet qd vocant secundarium. sed notandum est minorem propositionem argumenti huius non esse omnino tutam etenim probabile est qd ignoranti quæratur possessio ut testatur Jason in lg. 1. §. item adquirimus 5. de adq. possess. col. 5. in fin. qd probatur 1. ex lg. 1. §. 14. de adq. possess. iuncto, qd necesse est ut dominus ignoret eam adquisitionem a fugitivo factam. 2. ex textu expresso in lg. sive 34. §. ult. eod. neque obstant ll. adductæ etenim l. 44. §. quæsitum de adq. possess. loquitur de causa peculiari quoad effectum usucapionis: nam licet ius possessionis possit quæri ignoranti non tamen ita ut usucapere incipiat ante quam sciat arg. lg. si emptam 47. lg. 1. C. de adq. possess. de usucap. quod limitatum est in adquisitione ex causa peculiari ex ratione d. lg. 44. §. quæsitum nam ex

ea causa non solũ ignoranti quęrita possessio sed etiã incipit currere usucapio: extra hanc causam quęsitur ignoranti possessio non tamẽ incipit usucapio q.ª dũtaxat in rebus peculiaribus receptũ est ut ignorantes usucapiamus. d. lg. 47. de usucap. et ideo ad usucapiendi conditionẽ scientia domini est necessaria ut dicitur in d. §. quęsitũ scilicet dum sumus extra causam peculiarẽ. d. §. quęsitum. neque obstat q.ᵈ volentibus quęratur possessio. d. lg. 53. de adq. rer. dom. q.ª aliud est scire adquisitionẽ q.ᵈ immediate seu incontinẽti accedit aliud velle q.ᵈ ex mandato præcedenti constare potest. et hanc partem ultra antiquiores tuetur Cujacius 24. obs. 9. =

17 Decimo ita arguit. servus etiam si animũ adquirendi domino non habuerit, ei adquirit, quę iuris sunt. lg. 13. de donat. lg. 37. in fin. de adq. rer. dom. sed possessionẽ non adquirit domino sine animo ei adquirendi. lg. 1. §. hęc 19. de adq. possess. ergo q.ª non est iuris. Responderi potest negando hoc argumentum quidquam concludere quoad substantiã possessionis etenĩ ex præmissis quę de adquisitionis modo procedũt duntaxat infertur (alias variatur apellatio) possessionis adquisitionẽ esse facti q.ᵈ non negamus. cum non solũ de possessione constituta, et in esse producta quęstio sit: 2.º responderi falsam esse oppositionẽ quam vult probare Vallentia, et ideo eam nego uti multi negant, nam si servus adquirit dominiũ domino necesse est ut in eodẽ casu ei adquirat possessionẽ tum quia dominiũ sine possessione ei adquiritur. lg. 1. §. 1. de adq. possess. §. pen. inst. per quas pers. iti et per hanc possessionem etiam dominiũ. lg. 8. C. de adq. possess. ut optime tuetur Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 20. th. 4. lit. D. neque obstant ll. adductę, etenim d. lg. 13. de donat. procedit de servo qui principaliter voluit actum adquisitionis

perficere admixta aliqua repugnantia, seu incompatibilitate quo casu tenet adquisitio submota repugnantia ad quam minus principaliter volutas servi ferebatur. duplici modo se potest gerere servus in tali adquisitione vel ita ut directo velit adquirere aliter ac dominus tradit et hoc casu nihil agit sed dominium remanet apud tradentem, et hoc propter pugnantiam etenim ea lege qua vult adquirere non ei traditur, cum sit necesse ut ea lege qua traditur accipiatur: et ideo nihil agit ut dicitur in d. leg. 37. in fin. de adq. rer. dom. quae sic est intelligenda arg. leg. 46. de condit. instit. leg. 188. de R. I. vel ita servus accipit ut primo et principaliter vellit se conformare volutati tradentis hoc est vellit primo et principaliter adquirere absolute, et supposita adquisitione vellit ut ea prosit alteri, quae ei cui tradens voluit adquirere quo casu necesse est ut adquirat ei in cuius favorem res tradita est et de hoc casu accipienda est l. 13. de donat. ubi non dicitur servum accepisse socio adquisitum, sed quasi adquisitum ut denotetur in hoc animo servum fuisse minus principaliter. ratio est quia in hoc casu non obstat illa pugnantia quae praepostera est ad adquisitionem et minus principaliter se habet. arg. leg. 11. §. 1. in fin. de reb. cred. leg. 1. de adim. leg. 12. in princ. de precario, sed de his quia obtrusa sunt videas plura quae tradidi de mutuo cap. 12. ex n. 2. ubi hanc materiam repugnantiae radicitus explicui. et in hoc fere conveniunt dominii et possessionis adquisitio: differunt tamen propter diversam utriusque rei naturam in eo quod dum servus (et idem de procuratore dicendum erit) qui non vult domino in cuius favorem tradita possessionem quaerere, sed vult directo et primario adquirere sibi, aut alteri, tunc sibi aut ei cui vult adquirat: ratio est quia in hoc casu nulla adest repugnantia; nam in eo differunt possessionis et dominii traditio, quod illam amittimus, et si alia mente

tradita, alia accepta fuerit. hoc vero non aliter quam si eodem modo traditum et acceptum fuerit. lg. 35. de adq. rer. dom. lg. 18. §. 1. de adq. possess. et ideo in dominio quando directo et principaliter in ipsa traditione datur pugnantia voluntatis dantis et accipientis nihil agitur, at in possessione cum is qui tradit amittat possessionem. d. lg. 18. §. 1. potest fieri ut ex sensu voluntate quaeratur ei cui ipse vult. d. lg. 1. §. 19. de adq. possess. et arg. §. seq. et hoc non ideo procedit quia dominium sit ius, et possessio factum, sed ideo quia possessio amittitur licet alia mente detur, alia accipiatur, dominium non ita amittatur. aliter Bachov. de hac quaestione d. disp. 21. th. 3. lit. C. ubi plura subtiliter congerit licet dubius et anceps in eligenda alterutra ex opositis sententijs ==

18 Denique ita arguit Vallentia: nullum ius alteri per alterum sine eius facto aufertur. lg. si filius C. de reb. cred. lg. debitorum C. de pign. lg. quod nostrum de R. I. sed possessio sine facto nostro aufertur. lg. 6. §. 1. de adq. poss. lg. 12. et 18. de vi et vi: ergo non est ius. Respondeo nullum ius directe et immediate aufertur sine facto nostro permitto maiorem falsum (ceterum usus fructus aufertur sine facto nostro et omnia iura per usucapionem) indirecte et per consequentiam nego maiorem; siquidem hoc modo non res aufertur, sed ponitur actus ex quo indirecte resultat amissio ut fit in possessione quae non per vim aufertur, sed amittitur propter vim et ea admissa alteri adquiritur: quod etiam accidit in dominio veluti quando noba species ex aliena materia fit ita ut reduci non possit quo casu ex facto alterius amitto dominium. lg. 7. §. cum quis de adq. rer. dom. §. cum ex aliena 25. inst. de rer. divis. et plurima similia exempla patent in §§. sequent. etenim quando aliquis ponit

factum, quo posito necesse est vt ego amittam dominium, certum est me illud amittere statim, non quia dominium mihi auferatur directo, sed quia indirecto et per consequentiam auferatur. Sed posset pro Valentiâ replicari q^d possessio vi adquisita cum iniusta sit non potest ius dici, ex quo infertur genus possessionis non posse dici ius. Resp. cum Bachou. d. disp. 21. th. 1. lit. C. possessionem mala fide aut vi quesitam iustam possessionem esse ab intrinseco et quoad substantiam quoniam essentialia possessionis habet. l. 3. §. 5. de adq. possess. ibi quoniam in summa possessione non multum interest iuste quis an iniuste possideat: q^d autem iusta vel iniusta sit non prouenit a constitutiuis possessionis sed a titulo et scientia que extra substantiam possessionis sunt.

19 Ex his constat recte possessionem definiri ius corporaliter insistendi rei vacue: in qua definitione ius est genus cum alijs iuribus commune; cetera verba loco differentie ponuntur: dicimus corporaliter nam quamuis animo possideamus; non insistimus animo: sed corpore insistere et tenere ad corpus spectat: neque ex eo excluditur possessio rerum incorporalium, neque illa questio que inquirit vtrum in his detur possessio huc pertinet: etenim etiam incorporalia corpore aprehendi possunt. arg. l. 3. de vsufr. l. 3. de act. empt. l. 14. de seruit. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. 1. v.^o tertio quid autem dicendum sit de hac questione. vide apud Val. Bachov. d. lit. i. et disp. 21. th. 1. lit. D. et E. vbi q^d non proprie possidentur sed solum per similitudinem: et ideo quasi possideri tantum. Val. d. cap. 2. n. 45. Donell. 11. com. 12. = Possessionem exigere afectionem domini in possidente tenuit Donellus sed eum refelit

Vallentia d. cap. 2. n. 12. et 13. et aperte Bachov. d. disp. 21. th. 1. lit. C. in princ. ubi ex 6. argumentis convincit. addit Donell. verba rei quae in commercio sit sed haec redundant ut ait Vallentia d. cap. 2. n. 9. et 10. Bachov. d. th. lit. C. prope fin.: neque felicius Valentia qui ait esse detentionem cum animo sibi possidendi: etenim possessio animo retinetur ipse tamen animus possidendi non est pars possessionis: animus autem quo possessio retinetur (ut hoc obiter notem) non debet necessario actualis esse sed sufficit habitualis quia furiosus possessionem retinet. l. 4. §. 3. l. 31. §. si servus 3. l. 44. §. 6. de usucap. qui tamen actualem animum non habet et ideo incipere possidere non potest quia animum tenendi non habet. l. 1. §. furiosus 3. de acq. possess. id est qui non habet animum actualem ut tenere incipiat quia ad adquirendam possessionem actualis animus exigitur licet ad retinendam eam sufficiat habitualis animus.

20 Neque his obstat quod dum quis animo et corpore possidet, actuque rei insistit, non videatur ius insistendi habere, si ius pro facultate et potestate insistendi summendum est: etenim facultas insistendi quae dicit potentiam, debet distingui ab ipso actu. Sed respondetur neminem possidere ex eo quod insistat, quia detentio non est possessio; multi enim detinent qui non possident, sed ex eo possidebimus quia antequam insistamus, et dum insistimus ius seu facultatem insistendi habemus: hoc idem accidit in actione quae est ius persequendi. §. in princ. inst. de act. et ius in hac definitione etiam summitur pro potestate persequendi et nihilominus dum actu agimus in iudicio et donec consequamur quod intendimus actio durat quia non ideo quod actu agamus in iudicio actionem habemus sed ideo quia

iure agimus, seu ius agendi habemus. simile exemplum in dominio dari potest in sententia communi, quae id definit ius de re libere disponendi; siquidem hanc potestatem, hoc veius disponendi adhuc dum disponimus, habemus: alioquin non possemus transferre dominium quia nemo dat quod non habet. l. traditio 20. de adq. rer. dom. = Diximus detentionem possessionem non esse neque obstat quod aliquando possessio dicatur. l. 2. §. 11. pro emptore. l. 38. §. 7. et 8. de V. O. dicitur enim talis improprie cum substantiam possessionis non habeat, et dicitur propter allusionem duntaxat iuxta l. 1. in princ. de adq. possess. vide de hac re, Bachov. d. disp. 21. th. 1. lit. H. ubi pulchre de divisione possessionis et de varijs eius speciebus. ex quo refelli et convinci possunt quae de divisione ista tradit Val. d. lib. 1. c. 3. n. 2. =

21 Communiter dividitur possessio in naturalem et civilem, sed quae naturalis, quaeque civilis sit valde ambiguitur ut constat ex his quae tradunt Bach. et Vallentia in locis supra citatis: sed hac controversia omissa notare maxime oportet possidere corpore et animo, aut animo tantum non differre nisi quoad modum possidendi ut constat ex dictis n. praecedenti: sed modus possidendi animo distingui et dividi debet etenim cum animus seu voluntas vel sit in actu et exercitio, vel in habitu unde fit ut dupliciter animo retineatur possessio, vel actualiter, vel habitualiter: actuali animo retinet possessionem qui actu vult retinere cum sit actu volens retinere: habituali animo retinet, qui licet actu non sit exercens voluntatem retinendi cum antea fuerit nec propositum revocaverit habitu manet in eadem

voluntate. vg. dormiens, furiosus qui non habent exercitium voluntatis. lg. 1. §. 3. iuncta lg. 27. de adq. poss. lg. 31. §. si vi 4. de usucap.: et hanc distinctionem tradit Zasius de usibus feud. parte 6. n. 32. qui pro ea refert Baldum in cap. 1. de contr. inter masc. et fem. eandem distinctionem nemine relato tradidit Prado in aparatu ad lg. 15. de usucap. n. 242. et 243. et n. 465. =

22 Hinc deducitur ratio ob quam furiosus possideat. lg. 27. de adq. posess. lg. 1. §. 3. lg. 44. §. 6. de usucap. quamvis consentire aut disentire non possit. d. lg. 27. hoc enim procedit ex habituali animo quem revocare non potest. lg. 8. de adq. posess. Vall.ª lib. 1. cap. 6. n. 7. 8. et 9. D. Oroz. lib. 1. cap. 11. n. 6. a quibus disentio in eo quod hoc ex singulari iure et exorbitanti procedere contendunt, ipsi ad hoc moventur ex lg. 44. §. 6. de usucap. ubi id utilitatis causa relictum seu receptum esse dicitur quod quidem fateor sed ex eo nego deduci furiosum non continuare possessionem secundum iuris regulas quae solo animo eam continuari dicunt: nam ad hoc sufficit voluntas habitualis; voluntas autem furiosi non est extincta sed languens ut dicitur in d. lg. 44. §. 6. hoc est quasi dormiens, et nemo dicet dormientem, cui comparatur furiosus. lg. 1. §. 3. de adq. posess. iure singulari possidere; alias omnes singulari iure possiderent: ratio dubitandi et singularitas quae in d. §. 6. indicatur, ex eo provenit, quia cum animo retineamus eo usque quo quoties velimus insistere possumus. lg. 3. §. 13. et hoc in furioso non inveniatur propter animi langorem, inde necesse fuit ut super hanc possessionem dubitaretur, sed obtinuit sententia pro furiosi possessione: sed dices hoc fuisse propter utilitatem receptum, et non ex rigore iuris. Respondeo id fuisse ex rigore iuris relictum seu receptum neque obstant ea verba utilitate suadente, nam haec causa fuit impulsiva et superabundans ut colligere licet ex ipsis verbis in ablativo positis: alias obstarent d. lg. 27.

de adq. possess. ubi n. ex ratione utilitatis, sed ex stricta iuris ratione id procedere dicatur, neque obstat q.d id dicatur relictum seu receptum etenim ad hoc sufficit, quod de hac re dubitarent consulti ut ex duabus opinionibus una dicatur recepta seu admissa =

23 Aliud est furiosum posse continuare usucapionem propter habitualem voluntatem; aliud est quaerere an possit rem tradendo amittere possessionem q.d videtur probari ex l. 11. §. 2. de public. l. 13. §. 1. de usucap. l. 2. §. 16. pro emptore iuncto q.d usucapio sine possessione non datur: rationem assignat Santolaria interp. 21. in eo q.d licet furiosus non possit mutare voluntatem neque ex facto suo defficiente animo possessionem amittere; possessio tamen amitti potest ex facto alterius quod necessario excludit furiosum. neque obstat q.d tandiu retinetur quandiu ignoratur ab alio possideri. l. 46. de adq. possess. nam hoc procedit dumtaxat q.do scientia possessoris potest eum movere ad recuperandum vel derelinquendum rem alias talis scientia n. atenditur ut in casu l. 18. §. ult. de adq. possess. et ideo animalis possessionem amittimus statim ac se receperit in naturalem libertatem. l. 5. de adq. rer. dom. §. 12. de rer. divis. et in mansuetis statim ac revertendi consuetudinem deserant. l. 8. §. 1. familiae ercisc. l. 5. §. 4. de adq. rer. dom. l. 47. de adq. possess. et in summa amittitur possessio ex eo q.d fiat moraliter impossibilis recuperatio eiusdem possessionis. =

24 Sed obstat l. 8. de adq. poss. l. fere 153. de R. J. in quibus docemur possessionem non amitti nisi animo et corpore simul ad amissionem concurrentibus. Respondeo ex Gothofredo in glosa utriusque legis regulam d. ll. non esse absolute in omnibus casibus veram, sed fere in omnibus ut dicitur in d. l. 153. ex qua temperanda et explicanda

d. l. 8. de adq. possess., et in primis non est vera si quis animo tantum incipiat desinere possidere, quia in hoc casu solo animo amittit possessionem. lg. 3. §. 6. de adq. possess. procedit tamen d. regula qdo corpore incipit quis amittere possessionem, quo in casu non eam amittit nisi et corpore, et animo. Deinde regula d. lg. 8. de adq. possess. et lg. 153. de R. J. non procedit de amittenda possessione ex facto alterius, sed dumtaxat loquitur de amittenda possessione, ex corpore et animo nostro quare non obstant d. ll. siquidem ad casum de quo diximus num. praecedenti non pertinent. ex his patet intellectus ad lg. 44. §. ult. cum duabus ll. seqq. de adq. possess. de quo aliqua tradit Bachov. d. disp. 21. th. 4. lit. D. §. sit que hoc modo.

25 Constat enim animo tantum possessionem retineri posse. lg. 3. §. 7. 10. et 11. lg. 6. §. 1. lg. 18. §. 3. lg. 25. §. ult. lg. 30. §. 5. lg. 44. in prio et §. ult. cum duab. seq. de adq. possess. lg. 1. §. 25. de vi et vi. lg. 4. C. de adq. possess. et §. 5. inst. de interd. tradunt communiter interpretes. D. Oroz lib. 1. cap. 13. n. 8. Bachov. d. disp. 21. th. 4. lit. D. et hoc procedit licet corpore, et animo adquiratur, quia facilius retinemus quae adquisimus = qd ideo procedere ait Vall. 1. illustr. tract. 2. cp. 2. n. 27. quia qd utraque manu aprehensum est dum alterutra tenetur adhuc non est solutum: sed haec ratio reijcienda est; etenim ex ea infertur non posse solo animo possessionem amitti, qd est falsum. lg. 3. §. 6. lg. 17. de adq. possess. retinetur quidem animo possessio dummodo sit moraliter possibilis recuperatio eiusdemet possessionis supposita enim possibilitate recuperandi animo retinemus possessionem usque quo sciamus rem esse occupatam et animum recuperandi amittamus. lg. 3. §. 8. et 13. lg. 18. §. 3. et 4. lg. 7. lg. 25. §. ult. lg. 46. de adq. possess. lg. 15. §. 2. locati. itaque amittimus possessionem vel quia volumus non possidere, vel quia fit impossibilis recuperatio et tunc etiam si ignoremus occupationem rei: vel quia et si sit possibilis recuperatio, nos tamen eam impossibilem reputamus recuperandi spem amittendo. ut constat ex dictis ll.; et ideo dum est possibilis recuperatio

retinemus possessionem dum ignoramus eius occupationem. lg. 46. de adq. possess. quare non obstat l.3. §.7. eod. cuius decisio iuxta hanc doctrinam intelligenda est de casu quo est possibile expellere occupantem rem, et ignoramus occupationem, aut si scimus confidimus nos eum expulsuros fore quo modo procedit d.l.6. §.1. eod. neque obstat quod occupator posidere dicitur dum possessor ignorat etenim dicitur tali modo possidere pro eo quod est detinere et insistere corporaliter tantum adq. lg. 25. §. ult. eod.=

26 Aliqui distinguunt in hac parte inter res mobiles et immobiles. sed hec controuersia ita decidenda erit ut ex parte possessoris et perse eodem modo retineatur et amitatur possessio mobilium ac immobilium ut constat ex lg.3. §.6. iuncta lg. 30. §. 4. de adq. possess. per accidens tamen facilius amitatur mobilium possessio: ratio est quia facilius fit impossibilis earum recuperatio quia de facili ocultantur et contrectantur, ex qua ratione explicatur l.3. §.18. iuncto §.13. de adq. possess. lg. 13. in princ. similiter ex his explicatur. l. 47. eod. nempe quia rerum mobilium fit impossibilis recuperatio ex causis ex quibus rerum immobilium non fieret. et ideo amititur mobilium possessio si ubi sint ignoremus. d.lg.3. §. 13. lg. 25. in princ. eod. quod intelligendum est non de simplici ignorantia, sed de ea que adhuc post factam diligentem rei inquisitionem remanet quia tunc spem recuperandi deponimus. d. §. 13. in fine. lg. 44. in princ. eod. tit. de adq. possess. que ita debet concordari cum d. lg.3. §. 13. et d. lg. 25. ut docet Duga in manuscript. de adq. possess. cap.3. n.6.=

27. Quamuis res mobiles et se mouentes quoad predicta compareantur. d. lg. 3. §. 13. excipitur seruus cuius possessio non ita facile amititur. d. §. 13. in princ. eod.: ideoque possessio serui fugitivi retinetur ut d. ll. Dubium tamen est an retineatur vera eius possessio quoad substantiam, an solum quoad effectum usucapiendi hoc ultimum tenet Duga d. cap. n. 7. et seq.

Bachov. d. disp. 21. th. 1. lit. C. q̃ probat 1. quia deficiente posibilitate recuperandi deficit possessio. sed hęc ratio non probat nam non semper deficit possessio. possibilitas fugitivi recuperandi. 2. ex lg. 1. §. 14. de adq. possess. quę potius contrarium probat ibi licet respondeatur (quę sunt verba Pauli d. lg. auctoris) quandiu et ab alio ã nobis eum posideri, neque obstat ea verba sed utilitatis causa receptum est quę ideo ponuntur ut denotetur etiam hac prima ratione deficiente quam verum fatetur Paulus ex alio capite maxime id admittendum, quia ea sententia utilitatis causa recepta fuit itaque hęc ratio utilitatis est impulsiua et non finalis. pręterea et verius posset dici ex illis verbis, sed utilitatis decidi primam quęstionem non de possessione ipsius servi, sed aliarum rerum per servum quarum usucapio utilitatis causa recepta fuit etiam in casu quo servus fugitivus ã nullo possideatur. itaque de rigore iuris possidemus, et usucapimus fugitivum; utilitatis causa alias rei possessas per ipsum: ratio quare constituatur hęc diferentia provenit ex eo, q̃d dum per alium possidemus exigitur ut ipse habeat intellectum possidendi hoc est affectionem tenendi. d. lg. 1. §. 9. iuncto §. 3. quam affectionem non videtur habere fugitivus et ideo difficilius per eum possidemus alias rei, quę ipsumet fugitivum. 3. id probat ex lg. 13. in fine principij. ubi q̃d videtur possideri lg. 15. de adq. possess. ubi idem dicitur; sed responderi potest has llg. loqui de fugitivo cuius recuperandi spem amittimus facta diligenti inquisitione quo casu non vere, sed interpretatiue seu quoad effectum usucapiendi posidetur, et q̃d ita sint d. ll. explicandę constat ex d. lg. 13. ubi comparatur cum rebus demersis quarum recuperationem non facile sperare possumus ideoque eodem sensu accipiendum est, q̃d de fugitivo dicitur. et iuxta hanc lg. temperandę et explicandę sunt. d. lg. 15. et lg. 47. §. ult. de furtis lg. 8. de divers. et temp. neque obstat q̃d dum accedere dicitur tempus fugę videtur negari continuatam possessionem fuisse, vel quia non dicitur possessionem accedere

possessioni, sed tempus t quia id accipiendũ est de casu quo singulari iure possidemus postquã spem recuperandi amisimus: neque obstat l. 54. in fine de adq. rer. dom. ibi per fugitivũ quẽ non possidet quẽ ita sunt explicandã vt relativũ restringat, et erit sensus: per fugitivũ illũ quem non possidet, quia alius est fugitivus qui possidetr ille nempe quẽ recuperare probabiliter confidimus, vt constat ex lg. 5. §. vlt. ad exhibendũ neque obstat. qd fugitivi possessor non teneatr exhibere siquidẽ non omnis possessor exhibere teneti ille nempe qui actu rem non habet vt d. §. vlt. quamvis si haberet teneretr exhibere =

28 Igitur tertius puto distinguendũ fore inter fugitivũ quem recuperaturos fore speramus et eum quem recuperare non speramus vt ille vere possideatr: hic dumtaxat ad efectũ vsucapiendi qd constat ex d. n. praecedentibus, et ita concordari posse credo opinionẽ. D. Oroz lib. 1. cp. 13. n. 17. qui in distincte tenet fugitivũ possideri cum opinione adversa. ex his patet fugitivũ convenire cum alijs rebus mobilibus dum possibilis reputatr eius recuperatio; distingui tamẽ qdo reputatr eius recuperatio impossibilis quia aliẽ res tunc nullo modo possidentr fugitivus tamen possideri ad efectũ vsucapiendi d. lg. 17. §. fin. de furtis. et ita intelligenda est exceptio lg. 2. §. 13. de adq. poss. et iuxta hanc doctrinã explicanda et accipienda sunt quẽ diximus supra hoc cap. n. 3. neque his quẽ de fugitivi possessione diximus obstat qd fugitivi se ipsos contrectant et furantr. lg. ancila 60. de furtis lg. 1. C. de serv. fug. iuncto qd pr furtũ possessio auferatur lg. 1. de furtis. lg. 1. §. 15. si is qui tt.o nã eatenus dicitur fugitivũ sui ipsius furtũ facere quatenus non potest ab alio vsucapi sicut et ad similitudinẽ rei furtivẽ. Deinde potest dici eas llg. loqui de fugitivo ab alio aprehenso quẽ amplius non possidemus. lg. 1. §. 14. de

de adq. poss. Bachov. d. disp. 21. th. 4. lit. B. vide plura de
servo fugitivo apud Arin in rubr. de usucap. pro empt.
ad l. 8. ff. n. 54. usque ad n. 67. inclusive ═

CAP. VII.

Possessionem post mortem penes defuncti voluntatem conservari ostenditur, nec non per servum ei adquiri

Possessionem morte non extingui sed penes defuncti voluntatem permanere ex multis ostendam. 1. ex eo quod ratione probo nostrum assertum quia possessio quae ab alio non occupatur sola voluntate retinetur: igitur cum voluntas morte non extinguatur sed solum exercitium quo ad res suas suspendat ut cap. 3. ostendimus necesse est fateri possessionem penes voluntatem defuncti manere, maxime quia ita possessio sola voluntate conservatur ut conservatur ex sola voluntate habituali donec revocetur, aut factum alterius reddat impossibilem recuperationem possessionis rei, ut constat ex dictis cap. praeced. ex n. 25. ita ut furiosus, et dormiens possideant quamvis exercitium voluntatis non habeant, ut d. cap. ex n. 21. ostendimus: quare cum mors non revocet neque extinguat, sed tantum faciat cessare voluntatem necesse est fateri possessionem post mortem manere penes defuncti voluntatem. sed dices possessionem extingui, extincta facultate insistendi, et ideo defunctum possidere non posse quia huiusmodi facultatem non habet cum ipso non possit actu insistere. arg. l. 3. §. 13. de adq. poss. - haec tamen solutio evertitur, nam et si possessio sit facultas proxima possidendi, et hactenus possideamus, quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possumus ut dicitur in d. l. 3. §. 13. non tamen inde infertur defunctum non possidere, etenim cum ipse non possit amplius vele insistere, seu naturali modo possidere necesse est, ut post mortem

possideat, q^d probo ex d. §. 13. nam vt ex hoc §. constat possidemus eatenus, quatenus si velimus possumus insistere; igitur cum defunctus amplius vere non insistere non possit necesse est, vt possideat. arg. lg. 27. cod. præterea quamuis possessio sit ius seu potestas proxima insistendi, (et in eo distinguatur a dominio (nam domino qui potest vindicare rem et adipisci possessionem competit ius insistendi) distinguitur tamen hoc ius a iure possessionis in eo quod illud est remotum, hoc proximum: ceterum sufficit si ius possessionis sit facultas per se et intrinsecis proxima quamuis extrinsece et per accidens non sit proxima. hoc est sufficiat vt nobis competat ex parte iuris talis potestas seu facultas insistendi, vt si nihil extrinsecum et accidentale impediret possemus insistere quoties placeret et hoc modo intelligendus est d. §. 13. q^d quidem ostendo; tum quia seruum fugitiuum possidemus vt constat ex dictis cap. 6. n. 27. et 28. quamuis per accidens impediamur quominus corporaliter eum teneamus. tum quia absens, vt extra controuersiam constat possidet quamuis per absentiam impediatur insistere quoties velit. tum quia res amissas possidemus quas non posse nos aprendere pro libitu constat. vide dicta cap. præc. ex n. 29. ex quibus constat defunctum adhuc possidere, adhuc ius insistendi habere quamuis insistere per accidens et extrinsece impediatur per mortem maxime quia licet ipse non amplius possit insistere potest tamen heres in quem vult omnia iura transire quibus addere opportet, q^d illud axioma quod docemur frustraneam esse potentiam quæ ad actum nunquam reducatur, ita distinguendum et explicandum est vt sit frustranea potentia quæ ubi quomodo et quando

oportet non reducitur, non tamen esse frustraneam
si in alijs casibus non reducatur. docet D. Thomas
itaque non est frustranea in
defuncto potestas insistendi quamuis per eum nun-
quam reducatur, aut reduci possit ad actum siquidem
quod non possit reducit ab externa causa prouenit
non a defectu iuris seu possessionis quod tale est ut
in alia persona ad actum pro libitu reduci possit.=

2 Secundo probatur assertio nostra ex leg. gerit
88. de adq. hered. ibi cuius possessio qualis qualis fuit
in hereditate. quod idem est ac dicere omnem seu cuiusli-
bet generis possessionem fuisse in hereditate, ut
constat ex leg. 5. in fine de const. pecun. ibi qualem
qualem seruum iuncta glosa Gothofredi, et ex leg. res-
criptum 12. §. 1. de distract. pignor. ubi qualis qualis
idem ac quemlibet quemcumque seu qualemcumque
obligationem significat. sed huic legi 88. respondetur
ea verba qualis qualis possessio denotare impropris-
simam possessionem seu nullam possessionem quod probatur
ex leg. 11. §. ego 12. quod vi, aut clam ubi qualiter
qualiter possidere dicitur de possessione precaria quae nul-
la possessio est. leg. 6. §. 2. de precario quod etiam fulcitur
ex leg. 3. §. 17. de vi et vi ubi qualiter qualiter possi-
dere et esse in quasi possessione, idem significant
in vsufructuario quem dicunt non possidere. Bachov.
d. disp. 21. th. 4. lit. G. sed aduersus hanc solutionem
obstant d. l. 5. in fine de const. pecun. leg. 12. §. 1.
de distract. pignor.= Veritas est quod qualis qualis
idem ac qualiscumque significat et ideo sub vniuer-
salitate huius vocis et propria, et impropria posses-
sio continetur. si vniuersale restringitur ad certam
speciem illam continetur, siue propria, siue im-
propria sit: sed si non restringitur omnes com-

comprehendit, vt in d. lg. 5. de const. pecun. d. lg. 12. §. 1. de distract. pign. quare restat discutere an vniversalis significatio huius verbi, si restricta in d. lg. 88. de adq. hered.?. fateor hinc restrictam esse hanc vocem ad possessioně rei pignori datę, et ideo ea verba accipienda esse de impropria possessione, nam creditor improprie possidet pignus, vt late Valentia. dict. lib. 1. tract. 2. c. 11. sed ex hoc non soluta argumentu etenĩ eadem ratio quę potest efficere, vt impropria possessio viventis remanet eodem modo post mortę ipsius, efficere debet vt si ipse propriam possessioně haberet propria remaneret in eius hęreditate post mortę: maxime quia facilius conservatur propria quam impropria possessio cum iis proprię possessionis fortius sit et ideo dificilius rumpatur.

3 Tertio probatur ex lg. miles 30. ex quibus causis in pri. ibi quia possessio defuncti quasi iuncta descendit ad hęredem. vbi duo notanda 1. qd debetę possessio defuncti: 2o. qd. continuetur, et quasi iungatur cum possessione hęredis, et licet verbum quasi denotet improprietatę quando similitudinarie ponitur vt in psenti non ideo tollitur vis probationis siquidę hęc improprietas non cadit supra possessioně sed supra ly iuncta: nam licet continuetur et vniatur, non tamę proprie est continua, aut iuncta, sed quasi iuncta seu improprie iuncta cum possessione hęredis, et dicitur improprie iuncta, non ideo quia non sit vtraque vera possessio, sed quia non est eadę cum in diversis possessoribus diversa sit possessio, et ideo non dicitur quasi in iunctę in hęreditatę descendere, quia hoc est falsum cum sit eadem possessio: sed in hęredem quiălig possessioně numero

distinctam adquirit per aprehensionem. Respondent tamen huic legi possessionem pro usucapione accipi quod colligunt ex eo quod complexi dicta possessio in d. lg. 30. quod possessioni non convenire contendunt, et hac expositione confirmat ex lg. 19. eod. tit. ita Vallentia lib. 3. tract. 1. c. 2. n. 15. sed hec solutio evertitur nam et si concedamus verbum possessio aliquando pro usucapione accipi certum est hanc acceptionem non convenire verbis d. lg. 30. 1º quia in ea separatim de possessione sit mentio, ut proinde de utraque sit interpretanda in propriis acceptionibus. 2. quia ut probet usucapionem continuari in hereditibus aducit JC. ea verba quia possessio defuncti &c. quod ut recte probet necesse est in hac causali loqui de possessione; alias probaret usucapionem continuari quia usucapio defuncti quasi iuncta descenderet ad heredes, neque pro solutione Valentie faciunt illa verba que sequuntur, et plerumque nondum hereditate adita completur. que commode accipi possunt de ipsa vera possessione cuius precipuus efectus dum res possessa usucapta fuerit completus fuit = sed ea verba debent referri ad id quod de usucapione primo et principaliter in d. lg. principio tradiderat iuris consultus non vero ad id quod incidenter, et ad probationem adnexerat de possessione sunt qui d. lg. 30. accipiunt de herede suo ad quem dicunt possessionem transire. sed ultra quam quod hec solutio nimis restringit et sine fundamento d. lg. verba manifesto comminatur ex illis verbis non dum hereditate adita que suis non possunt convenire in quibus non datur aditio = Bachov. d. disp. 21. th. 1. lit. B. ait hanc possessionem dici ratione efectus usucapiendi. sed hec solutio non magis tuta est, quam illa a Vallentia tradita, imo in eadem

sententiam incidit et eodem modo impugnatur. =

4 Quarto probatur ex lg. 13. §. non autem ff. de adq. poss. ubi nequit accipi possessio pro usucapione ut constat ex §. antec. ubi de possess.e loquitur IC. = 5.o ex lg. 14. §. 1. de diuers. et temp. ubi tempus possessionis defuncti dicitur accedere possessionis heredis tempori, et ideo ipsa possessio accedit ut proinde non possit dici interrupta. sed iterum dices possessionem non vere sed quoad usucapiendi conditionem continuari. at amplius hoc effugium euertitur. nam si non possessio sed ipsa usucapiendi conditio esset quae continuatur et post mortem durat interrupta possessione defuncti non interrumperetur usucapiendi conditio, quia sine possessione continuatur ut supponunt aduersarij: sed hoc est falsum. lg. 20. de usucap. lg. 6. §. fin. pro emptore: ergo quia sine possessione non continuatur in hereditatem, aut heredem usucapio. sed amplius 6. idem probo ex d. lg. 20. de usucap. lg. 6. §. fin. pro emptore in quibus dicitur continuari usucapiendi conditionem dummodo a nullo interim sit res possessa. sed de captiuo dicitur possessionem amitti et si a nullo res sit possessa. lg. 23. §. 1. de adq. possess. ergo ideo est, quia defuncti possessio durat dummodo ab alio non sit res possessa; possessio vero captiui quia interrumpitur captiuitate nullo in casu durat. vide haec aliter inducta cp. 8. n. 2. = 7.o ex d. lg. 23. in prin. ibi omnia iura ad nos transeunt quae verba, ut constat, procedunt de iuribus morte non extinctis et postea excipit Iurisc. possessionem ergo ut exceptio sit de regula necesse est ut supponamus possessionem esse ius morte non extinctum alioquim non solum possessionem, sed

sed omnia iura personalia excipienda forent a regula: praeterea si possessio esset morte extincta non oportebat asignare rationem exceptionis in naturali apprehensione, quae ad possessionis adquisitionem exigitur, sed deberet SC. rationem exceptionis constituere in extinctione per mortem contingente. Ratio ob quam non transit quamuis sit in hereditate est quia possessio in adquist. est facti, licet sit ius semel adquisita: est quidem ius sed talis naturae ut non possit regulariter ab alio adquiri sine facto: et hinc ergo probatur nostra assertio ex lg. 30. §. 5. de adq. possess. ibi, q.d per colonum possideo heres meus nisi nactus fuerit possessionem non poterit possidere, cuius decisionis haec ratio asignatur ibi: retinere animo possessionem possumus adipisci non possumus: ut ergo haec verba praecedentibus conueniant necessario supponunt possessionem solo animo retineri in hereditate, quam ius non possit sine apprehensione ab herede adipisci. I probatur ex eo q.d in hereditate et penes defunctum remanent omnia iura ut supra per totum hunc tractatum ostendimus: sed possessio est ius ut constat ex dictis cp. praec. ergo est in hereditate =

5 Decimo probatur q.a usucapio procedit et impletur iacente hereditate. lg. 40. de usucap. lg. 44. §. 3. et passim eod. sed usucapio non procedit sine possessione: ergo in hereditate penes defuncti voluntatem est possessio. minor constat ex ipsa definitione usucapionis. lg. 3. eod. sed respondebis cum Battentia hoc esse verum de iure communi; caeterum iure singulari admissum fuisse ut usucapio sine possessione procederet: q.d comprobari videtur ex d. lg. 44. §. non dum 3. sed huic solutioni obstat l. ergo 30.

201

in prīo ex quib. caus. mai. quam supra induximus ibi ideo continuari usucapio dicitr quia possessio defuncti quasi iuncta descendit &. igitur nequit dici usucapionē iure singulari sine possessione procedere, nam si hoc fieret etiam in postliminio continuaretr usucapio cum captivo omnia iura reseruentr et ideo dicendū foret ei reseruari ius usucapiendi etiam si possessio defficiat q[d] falsum est etenim constat usucapionē simul cū possessione interrumpi. lg. 15. de usucap. quare d. lg. 11. §. 3. quę ait iure singulari continuari usucapiendi conditionē post mortē, non ita accipienda est, ut intelligamus continuari sine possessione. singularitas enim aliunde prouenit: etenī dubitatum fuisse de hac re constat ex lg. 13. §. quęsitū 4. de adq. possess. ibi: plerique probant ratio dubitandi ut colligere licet ex d. §. 4. in eo erat q[d] contra usucapionis naturā videbatr ut usucapēr diceretr favore hęredis q[d] nūquā ab eo possessū erat. nam cum hęres iacente hęreditate sit persona incerta, non enī constat ante aditionē quis futurus sit hęres videbatr prodesse adquisitionē per usucapionē factā personę incertę et vagę contra rationē constituendi usucapionē nempe ne dominia diu in incerto sint lg. 1. de usucap. = et hoc si loquimur de usucapione impleta ante aditionem: cęterum si d. lg. 13. §. 4. accipimus ut probabilius iudico de hęrede per aditionē facto: qui non dum aprehenderat possessionē rei quam defunctus cęperat usucapere recte dubitabatr, an huic hęredi procederet usucapio defuncti quę tunc impleta esset. recte quidem dubitabatr siquidem prodesset usucapio hęredi non posidenti. Ratio decidendi: quia defunctus retinet possessionē donec hęres aprehendat

eam, et ideo adquirit per usucapione; quare cum heres succedat non solu in id q. defunctus in vita adquisierat, sed etiam in omne ius, omneque adquirendi causam, et proinde in omne adquisitione et causa de praeterito post mortem prouenientes inde est q. illa usucapio prosit heredi, non tamquam ab eo completa sed quia completa sit ab ipso defuncto adhuc usucapiente et posidente, et quia heres succedit in omne id q. testator viuens, aut mortuus habuit: ex his constat ratio ob quam iure singulari admissum fuisse dicatur ut usucapio impleatur antequam heres possideat. et sic patet ratio decidendi ad id q. dicitur de iure singulari in d. lg. 44. de usuc. §. 3. sin autem hunc §. 3. accipias non solu de usucapione completo ante quam heres possideat sed etiam de casu quo tempora usucapionis complentur possidente iam herede. dicam etiam hoc iure singulari admissum nam usucapio exigit continuatam possessionem ad quod exigitur ut sit eadem possessio q. non accidit in possessione heredis, et defuncti qui sunt duo possessores et ideo diuersam numero possessionem habeant, nam possessio cuiuslibet possessoris numero diuersa est ab alterius possessoris possessione. lg. 14. in princ. de diuers. et temp. praescript. et q. hoc non proueniat ex eo quod possessio deficiat dum iacet hereditas probo ex d. lg. 14. §. 2. lg. 15. §. 1. eod. iuncto princ. d. lg. 14. nam si inter emptorem et venditorem hoc ex equitate fuit admissum et ex eadem equitate ac ea quae fecit, ut accessio possessionis defuncti prodesset heredi: et haec equitas non prodest emptori, si datur tempus medium sine possessione necessario inferatur neque profuturam si tempore iacentis hereditatis defficeret

possessio. ex quibus constat vsucapionẽ impleri iacente hereditate, et ea adita antequã heres possideat, quia tunc ipse defunctus vsucapit: similiter constat vsucapionẽ impleri in persona heredis coniunctis temporibus possessionis viuentis testatoris, et testatoris defuncti nec non heredis: vtrumque iure singulari quamuis non deficiat possessio, vt autẽ intelligas quid sit ius singulare vide nostra de mutuo cap. 3. vbi illud à fictione distingui probauimus, et semper ex ratione singulari procedere quamuis contra generalitatẽ alicuius regulẽ videatur. errant enim qui ius singulare contra iuris principia inductũ dicunt siquidem ICti. iis nullũ sine ratione et equitate, que est summũ iuris principium seu causa induxerunt: et quamuis attento sono verborũ videatur alicui regule iuris ius singulare obstare nunquã tamẽ obstat menti ipsius legis vt d. cap. 5. diximus. vel potest, et rectius dici hec iure singulari recepta sicut receptũ est, vt furiosus perficiat vsucapionem d. l. 44. de vsucap. §. pen. quamuis hic possideat vt cap. prec. ostendimus n. nimirũ quia quatenus attinet ad vsucapionẽ completã ante possessionẽ heredis dubitabatur propter ignorantiam adquirentis, seu possidentis etenim defunctus et furiosus affectionẽ dominandi actu non habent sed habitu tantũ et proinde iure stricte inspecto non poterant vsucapere licet possiderent. Post apprehensionẽ possessionẽ ab herede, et hec eadem singularitas datur quoad tempus medium et alia quoad continuationẽ inter diuersas personas iuxta l. 13. de adq. poss. §. 4. ==

6 Et hæc in comprobatione, seu exornatione nostri regij iuris dicta erit, nam iure Hispano extra controuersiam est in hæreditate possessionem esse. lg. 7. tit. 4. part. 5. lg. 45. Tauri. lg. 8. tit. 7. lib. 5. nou. recop. et vim his legibus faciunt qui dicunt effectus possessionis ius nostrum tribuere, etenim d. ll. de possessione naturali et ciuili procedunt. et ex his potest colligi resolutio ad illam quæstionem: an hæres possit manutentionem petere ex possessione defuncti, quam exagitat Postius de manuten. obser. 55. se quatenus ait ius nostrum possessionem transire in successore maioratus abest quidem a iure ciuili propter lg. 23. cum concordantibus de adq. possess. non tamen omnino siquidem ex causa hæreditaria hæres apprehendit possessionem. lg. 2. §. 38. D. ne quid in loco publico, vnde videtur deduci per ipsam aditionem transire ius possessionis, quod licet non possit accipi de ipso iure actualis possessionis, accipi tamen debet de iure remoto hoc est non de iure insistendi sed de iure huiusmodi iuris capiendi, quod ius non omnes ita habent sicut hæres qui ita possessionem apprehendere potest vt non possit seu non debeat impediri et ita vt continuata possessio ab eo semel apprehensa cum possessione defuncti: quare hoc ius non male possessio naturalis et ciuilis nostro iure regio appellatur, nec inciuiliter dicitur hoc sensu possessionem ciuilem et naturalem hæredes transire. vide Molina lib. 3. cap. 12. ex n. 18. Gomez in d. lg. 45. Tauri à n. 117. Valla lib. 3. tr. 1. cap. 2. n. 18. Deinde cum possessio sit ius vt ostendimus cap. præced. potuit ius illud transferre

rere, et proprie in successores maioratus: neque obstat quod iure ciuili solu aprehensione adquiratur, et quia ita orta sit a iure naturali possessio, nec potuit adhuc aliter constitui: siquidem Dominium ortum habuit ab occupatione, et tamen transfertur sine occupatione quoties ius hoc constituit. imo ipsa plena possessio potestate iuris ciuilis inuenitur tranmitata vt dicitur in lege raptores 54. C. De episc. et cleric. vt proinde male nostri Pragmatici negent ius nostrum hoc potuisse facere male que d. llg. de efectibus possessionis accipiat cum llg. nostrae de ipsa possessione loquuntur et certum sit ius posse facere vt possessio sine aprehensionis actu transferatur vt tenet Gomez in d. lege 45. Tauri. neque obstat quod possessio in adquisitione sit facti, etenim talis dicitur quia facto solet aprehendi non quia in substantia sit factum; modus enim capiendi possessionem non pertinet ad eius substantiam, et ideo potuit immutari per leges, neque obstat quod facta non cadant sub lege lege 12. § facti de captiuis nam licet ius non possit facere vt factum non sit factum neque possit infectum factum facere potest tamen suplere factum potestque eundem efectum tribuere ac si infecta facta fuissent, aut facta non fuissent facta vti facit ius in captiuo nam licet captiuitas sit facti ius constituit vt captiuus eosdem fere efectus habeat ac si illud factum non precesisset: sed de his alibi neque obstat quod captiuo non reseruetur possessio. et denique quod super possessionis adquisitione, aut similia que facti sunt ius non disposuerit vt obijcit Atin in rubr. cod. de Vsucap. pro empt. n. 163. et 164. siquidem ex eo

q. non disposuerit non sequitr non potuisse ius disponere. Dices disposuit super omnia iura excepta possessione q. ideo de possessione non potuit disponere. Respondeo ex generali dispositione non deduci disposuisse ius ciuile super id q.d est. facti quia licet ius possit disponere super facta raro id facit, quia hoc maiorē causam exigit et ideo nisi specialiter notetr non intelligitr dispositū super id q.d est facti propter requisitū lg. 15. §. ait pretor 25. cū seq. de iniurijs. D. Castillo de singularit. mutui sect. 2. n. 14. 15. et 16. ==

7 Constat ex precedentibus (ut alia fundamenta, fastidij vitandi causa omitamus) penes defuncti voluntatem possessionis ius manere vsque quo heres possessionē capiat: neque his obstat quod testator eo ipso q.d facit test.ū vult vt possessio rerum suarū transferatr in heredē testamentarium, et eo desficiente in legitimū; nā ex hac voluntate non amititr possessio alias etiā in vita desineret possidere: nā licet verū sit possessionē amiti q.do eam in aliū transferri volumus licet ab eo non adquiratr. lg. 1. §. 4. lg. 18. §. 1. de adq. poss. hoc solū procedit q.do absolute volumus possessionē amitere; non tamen procedit si conditionate volumus amitere eam, q.do alius apprehenderit, aut si apprehenderit. lg. 34. eod. quia tunc vsque quo illud tempus veniat animū amitendi non habemus d. lg. 34. iuncta lg. 18. de vi et vi. lg. 5. pro donato. lg. 26. de adq. poss. Cherius lib. 1. interp. c. 32. n. 8. et hoc modo se habet, aut ita.

se habere credit voluntas cuiuslibet morientis. qui heredem sibi testamentarium, siue legitimum habere possit. sed instabis: possessio nequit sub conditione aut in diem suspendi cum sit actus qui ab executione incipit. arg. lg. 4. de serruit: ergo defunctus nequit ita eam transferre in heredem. respondere aliud esse suspendi actum adquisitionis; aliud suspendi voluntate amittendi possessione, et ideo licet concedamus actu aprehendende possessionis non posse suspendi, non inde inferri hoc idem dicendum fore de voluntate amittendi possessione hec enim potest se habere conditionate potestque in diem conferri: et ideo hec instantia etiam concesso antecedenti nihil officit: possem et illud negare cum Cujacio in lg. 38. §. 1. de adq. possess. D. Amaya lib. obs. cap. 1. ex n. 13. sed de his satis =

8 Pro communi sententia adducitur: probant enim hereditate nullam possessione habere ex eo quod non sit persona vera que possideat; sed iam ex precedentib. capit. satis constat hoc esse falsum. obijciunt lg. 61. in princ. et §. 1. de adq. rer. dom. lg. 26. de stip. seruor. que probant hereditate non habere capacitatem ad ea que sunt facti. sed hoc argumentum nihil probat cum possessio semel constituta et in esse producta sit iuris et dumtaxat ex his llg. probatur possessionis adquirendi hereditatem non esse capacem quia adquisitio possessionis est facti. Denique obijciunt quod pro re hereditaria contrectata non detur actio furti, sed crimen expilate hereditatis toto tit. expilate here iuncto quod si in hereditate daretur possessio furtum rei hereditarie fieri posset. sed huic difficultati cap. ult. satisfaciendum curabimus; adeo enim difficile est, siue in nostra, siue

in communi sent.ª inuenire rationẽ ob quã furtũ rei hæreditariæ non fiat, ut merito accuratã, et latam tractationẽ expostulet, quam in d. cp. ult. huic modo soluendo reseruamus, præcipue ex n. 19. obijcitur l. 1. §. 15. ff. si is qui t.º liber esse de cuius solutione (quatenus attinet ad illa verba quia possessionẽ hæreditas non habet quæ facti est et animi) diximus cap. 6. n. 12. eundẽ §. explicuimus cp. ult. n. 32. quæ omnia huc repetenda sunt ut mens d. §. appareat. addere tamẽ opportet quidquid diximus d. cp. ult. n. 32. verba illa: denique si nullus sit possessor negat furtũ fieri intelligenda esse de ipso defuncto neque negare ipsius possessionẽ, nã verba si nullus sit possessor ita debent accipi, ac si diceret textus; Denique si possessor sit nullus idest mortuus qua explicatione supposita ea verba probant mortuũ esse possessorẽ: sed hæc interpretatio suadetur ex eo q.ᵈ in d. §. JC.ᵘˢ loquatur de possessione prout est materia furti ut aperte constat ex dictis d. c. ult. n. 32. et cap. 6. n. 12. quo respectu mortuus pro nullo accipitur et nullus dici potest sicut eodem sensu dominiũ q.ᵈ constat retineri in hæreditate dicitur nullius esse lẽ. 13. §. 5. q.ᵈ vi aut clam. lẽ. 1. in pñõ de diuis. rer. vide quæ diximus cp. n. vbi de harum llẽ. explicatione egimus quibus addi potest l. ult. explicatẽ here. vbi res hæreditaria comparatur cum ea quæ sine domino est, q.ᵈ idem est ac esse impropie nullius, siquidẽ si esset proprie nullius, quia sine domino non esset comparanda cum re quæ sine domino est, sed potius dicendũ foret ideo rei hæreditariæ non fieri furtũ quia sine domino est: at hoc non dicitur: sed tantũ ponitur ratio decidendi in similitudine cum re sine domino quare

cum simile non sit idem ac aliud sibi simile inde deducitur han lg. final. satis probare rem hereditariam non esse absolute sine domino licet rei sine domino assimiletur.=

9 Quamvis defunctus nullus dicatur quoad ea quæ actus exigunt non tamen est nullus absolute ut ostendimus capitibus præcedentibus ex eo quod ex persona alterius (servi exempli causa) potest adquirere etiam ea quæ non sine facto adquiri solent hoc est non sine actu exercitu adquirentis, quod ideo provenit quia defunctus est capax recipiendi, et quamvis exercitium voluntatis non habeat neque corporale factum præstare possit, habet tamen voluntatem habitualem et quæ ipsa præstare nequit per alium expediuntur: uti accidit in eam lg. 82. §. ult. de leg. 2. ubi agitur de re propria domini eius servo legata, Dominus est incapax huius legati, si ei relinquatur: attamen si servo relictum sit valet legatum. quia Dominus præstat capacitatem adquirendi in communi et servus ex persona sua in reliquo habet capacitatem naturalem ad præstandum quid, quid deficit ad validitatem legati: sed hæc quæ diximus de capacitate adquirendi, quam defuncti habent non solum in dominio et obligatione, sed etiam in possessione procedit siquidem potest servus hereditarius incipere usucapere, hoc est constituere defunctum possessorem et in usucapiendi conditione lg. 1. §. 5. in fin. de adq. possess. lg. 44. §. 3. de usucap. lg. 29. de capt. et hoc ex causa dumtaxat peculiari ut constat ex d. llg. iunctis lg. 30. ex quib. caus. lg. 31. §. vacuum. lg. 40. de usucap. lg. 2. §. etiam heredi lg. 6. §. ult. pro emptore ut tenent Valentia

lib. 1. tr. 3. q. 1. ex n. 2. Arm in rubr. tit. cap. de vsucap. pro empt. ex n. 162. per plures. videndus etiā Bach. volum. 2. ad Treutt. disp. 21. th. 3. lit. B. ad versicul. nec ignorantibus, et ibi lite vbi recte docet possessionē ex causa peculiari ignorantibus, et tamē volētibus adquiri, quia potest fieri, et fit multoties, vt ignorēt actum adquisitionis, et velīt eam fieri idque iusserit seruo et in eadē volūtate perseuerēt. et hęc est ratio ob quam defuncto ignoranti ex eius precedenti volūtate queratur per seruū ex causa peculiari possessio d. lg. 1. §. 5. vt proinde minus recte dicatur hoc singulari iure procedere fauore hereditatis, nam licet singulare iuri procedat non est hoc speciale in hereditate vt constat ex lg. peregre 44. §. 1. de adq. possess. d. lg. 1. §. 5. lg. 3. §. 12. eod. lg. 16. de obligat. et act. lg. 24. de acq. possess. in his enī casibus adquiritur possessio volenti volūtate habituali quę ex concessione peculij colligitur quāuis attento animo actuali et scienti, alio sensu dicatur possessio sine animo domini adquisita, vide tamē Bachouij d. loc. sed ex his vt hęc obiter notemus infertur ingens fundamētū ad probandam hereditatis possessionē, seu in hereditate possessionē esse, nam constat ex confessione aduersariorū dari casum in quo per seruum hereditariū possessio adquiratur: sed tunc necesse est vt dominus per seruum fiat possessor. lg. 24. de adq. poss. lg. 44. §. 1. lg. 3. §. 12. lg. 1. §. 5. eod. ergo quia hereditas imo persona defuncti est capax possessionis alias statim adquisita, et amissa; aut nūquam adquisita fuisset. =

10 His quę de possessione post mortē quęrēda diximus obstat l. presemptio 45. §. vlt. de vsucap.

Vbi negatur vsucapionem ante aditam hereditatem incipere. Respondere potest hunc §. procedere de servo qui sibi peculium constituit, cum id non haberet vt docuit Accursius et plures post eum, vel q^d hic §. procedat de rigore iuris; sed contrarium ex equitate vt docet Asin in d. rubr. n. 176. sed 1^a solutio videtur divinatoria Asin qui eam reijcit n. 175. et mihi eodem vitio laborare videtur quam ipsa prestat. etenim Papinianus hinc docet a quo tempore incipiat vsucapio, et si iure singulari iacente hereditate ex causa peculiari semper incipiat debebat hoc dicere, sed id negat q^a defunctus vsucapere non ceperat. quare rectius videtur dicendum. hunc §. procedere de servo qui non adquisierat veram possessionem, sed nudam detentionem forte ex defectu animi vt colligitur ex illo verbo tenere requiritur enim animus servi. lg. 3. §. 12. de adq. poss. poterat enim tenere, vi seu ex causa iniusta quo casu non adquiritur domino possessio. lg. 24. ea lg. nec antea incipit vsucapio quam heres possessionem illius rei que servus tenet bona fide capiat. et hoc modo intelligo q^d. dicitur in lg. 45. §. fin. ibi vsucapionis primordium exit tempus hereditatis adite, idest ex tunc esse poterit, alias si ipso iure inciperet vsucapionis tempus ab aditione sequeretur heredem posse incipere vsucapere sine possessione; tum q^a non erat apud defunctum tunc quia et si esset non transiret ante apprehensionem heredis. lg. 23. de adq. possess. qualiter heres vsucapiat dicam seq. cap^l. ex his constat distinguendum ex doctrina Papiniani, vt si servus cepit veram possessionem vsucapio incipiat iacente hereditate. lg. 44. §. 3. de vsucap. Sin autem solam detentionem habuerit non incipiat vsucapio, vt

in d. lg. 45. §. fin. eod. obstant l. 24. l. 34. §. fin. de adq. possess. lg. 31. §. si servus de usucap. quibus in contrarium movetur Cujac. lib. 24. obs. cp. 9. sed facile ex dictis n. praeced. solvi possunt videri potest Valla. lib. 1. tr. 3. cp. 11. n. 18. et huc pertinet l. 40. §. 1. de adq. poss. ==



CAP. VIII

De usucapione continuanda perficienda, et incipienda post mortem. Ubi de exposit. leg. 15. de usucapionib.

Usucapio quae definitur in leg. 3. de usucap. adiectio dominij per continuationem possessionis exigit bonam fidem tituli iusti, et possessionem continuatam de quibus plura accurate tradit Asin in rubr. ad tit. C. de usucap. pro emptore. ea enim incipit post mortem per ministerium servorum ex causa peculiari, ut docet Balla. lib. 1. tr. 3. q. 1. ex n. 2. et diximus cap. 7. n. 9. et 10. sed si defunctus in vita sua fuisset in conditione usucapiendi eadem conditio continuatur in haerede ita ut iungantur tempora possessionis testatoris viuentis et tempus quod a morte intercedit usque quo haeres apprehendat possessionem cum tempore reliquo in quo haeres possidet. et si dum haeres iam possidet adimpletur tempus usucapionis ipse usucapionem perficit, et dominium adquirit. S. diutina 12. de usucap. inst. leg. 44. S. 3. de usucap. sed si tempus usucapionis antequam haeres adierit seu antequam possideat impletum sit ex eadem ratione usucapio perficitur et dominium rei defuncto seu haereditati ipsius adijcitur. d. leg. 44. S. 3. leg. 4. de usucap. : nunquam interrumpitur possessio per solam mortem, et ideo si iacente haereditate tempora usucapionis implentur ea perficitur; eodemque modo, si tempora impleantur postquam haeres apprehenderit possessionem talis rei tanquam si unus idemque possessor possessionem habuisset quia haeres et haereditas unius personam, saltim quo ad hunc effectum, vice fungutur

lg. 22. de usucap. hoc est quia hereditas possessionē habet ex possessione habituali defuncti et eā habet donec heres apprehendat quare propter continuationē non interrumpitur possessio et ideo cum possessio sit continua, et aliunde heres, et hereditas unius personē vice fungantur, inde fit ut usucapio penes heredem perfici possit. d. lg. 22. et apertius constat ex lg. cum miles 30. ex quib. caus. mai. ibi: quia possessio defuncti quasi iuncta (id est quasi in una persona continuata) descendit ad heredem videnda quē diximus q. 7. n. 3. =

2 Omnia hēc de continuanda conditione usucapiendi post mortē procedunt q.do possessio n. fuerit aliunde, et ex alia causa interrupta. lg. 20. de usucap. lg. 6. §. fin. pro emptore. lg. 13. §. 4. de adq. possess. ex quibus obiter, efficaciter tamē probatur possessio post mortē nam ea interrupi dicitur q. d. l. 20. de usucap. cum alijs concordantibus, nec posset interrupi iacente hereditate si tunc non esset possessio quē interrupperetur. sed respondebis in d. lg. possessionis verbū pro usucapione accipi ne alias violentus sit textus dum ait possessionem. sed contra hanc solutionē insurgo. in primis q. possessio possessa recte dicitur Atticorū more, sicut stipulatio stipulationē stipulari dixit Cuiac. in lg. 3. §. 1. iudicatum solui ut in utroque textū notat Gothofr. nec potest d. l. 20. aliam acceptionē in verbo possessio admittere nam si loco illius reponas usucapio faceret hunc absurdum sensum usucapio testatoris ita heredi procedit si medio tempore a nullo possessa est. et ita JC. usucapionē possessā diceret, q. dest absurdū et falsissimū, nam usucapiendi ius seu conditio quam ego habeo nullo sensu potest dici possideri

ab eo qui possessionem interrumpit, nam si ipse possideat, sine titulo, aut bona fide nulla conditione usucapiendi possidet. et quamvis rem possideat cum titulo et bona fide, et habeat conditionem usucapiendi non habet eam usucapiendi conditionem quam ego habebam nec potest dici eo ullo sensu possidere, quia continuatio usucapionis soli heredi et emptori conceditur. lg. 13. §. 4. de adq. possess. §. 12. et 13. inst. de usucap. ubi communiter interpretes. et d. lg. 20. nec de usucapione defuncti possessa ab herede potest accipi sine que, quomodolibet fingatur casus, potest restringi ad possessionem captam ab eo qui a defuncto emisset. ut patet ex generalitate textus in d. lg. 20. =

3 En eo quod non continuetur usucapiendi conditio si medio tempore interrupta fuerit possessio infertur falsam esse opinionem eorum qui contendunt usucapionem continuari, in hereditate captivi decedentis apud hostes per legem Corneliam. quam opinionem tenuerunt Cujacius in lg. 15. de usucap. Ant. Fab. in iurisprud. tit. 11. princ. 8. illat. 28. et post Accurs. Barth. et Jason in d. lg. 15. quam longe latè que exornat Vallentia illustr. lib. 1. tr. 3. cp. 10. et 11. quæque refutatur ab Alm in d. rubr. Cod. de usucap. pro empt. ex n. 186. et a Prado in d. lg. 15. de usucap. præsertim ex n. 89. et recte etenim ius singulare in hac parte duntaxat. Prodest ad continuandam usucapionem ceptam a defuncto casu quo non sit aliunde interrupta possessio ut constat ex lg. n. precedenti aductis et negari non potest: sed captivus per captivitatem amisit possessionem. lg. 23. §. 1. de adq. possess. lg. 15. de usucap. Alm d. rubr. ex n. 180. ad n. 186. ubi quod id omnes uno ore fatentur: ergo necesse est ut interrupta sit usucapio neque

neque ad eam continuandam lex Cornelia prodesse potest. quod fundamentum potest efficacius proponi. si vt opportet supponatur lex cornelia hereditatem inducere a tempore precedente captiuitatem fingendo captum non fuisse captum imo in ciuitate decessisse in instanti immediate precedenti captiuitatem. quare ex eo tempore a quo lex incipit fingere captiuum mortuum fuisse, ita constituitur hereditas et cum eisdem qualitatibus ac si vere in ciuitate eo tempore decessisset. igitur si hac hereditate ficte existente interrumpatur possessio idque ius exit ac in vera hereditate iacente in qua interrupta possessione interrumpitur vsucapio ex supra dictis legibus. sed certum est possessionem interrumpi postquam lex cornelia fingit hereditatem: quo interrupta erit vsucapio, quod possessio interrumpatur postquam hereditas captiui fingitur, constat: nam fingitur iacere ante captiuitatem et postea per ipsam captiuitatem rumpitur possessio. lege 15. in principio de vsucap. lege 19. et 23. ex quibus caus. maiores cum alijs (de quibus statim agendum erit) ex quibus satis constat hereditatem ex lege Cornelia inductam non continuare vsucapionem per captiuitatem amissam: et hanc opinionem tenent Donell. lib. 5. com. cap. 20. Amaia lib. 2. cap. 1. n. 1. quos sequitur Alim in rubr. ad tit. C. de vsucap. pro empt. ex n. 187. Prado in d. lege 15. de vsucap. qui precipue ex supra tacto fundamenta mouentur =

1 Obijcitur pro contraria sententia hoc argumentum lex Cornelia fingit captiuum in Ciuitate decessisse et pro inde nunquam captum fuisse. lege 11. §. vlt. de vsucap. lege 32. §. si amito de donat. inter lege 10. et 18. de capt. sed si nunquam fuisset captus nunquam fuisset interrupta per captiuitatem

possessio, et proinde vsucaperetur: q° ex legis Corneliæ fictione continuatur vsucapiendi conditio. huic arg.° in qua vnice substinetur contraria sententia respondere potest. ex d. num. præc. videlicet lg. corneliæ fingere captivum nunquam fuisse captivum sed non quoad omnia non quoad possessionem in omnibus: nam etiam postliminium fingit captivum semper in ciuitate fuisse et certum est q.d si semper in ciuitate fuisset non amisisset possessionem per captiuitatem sed nihilominus eam amittit q.a ius in quo ad omnia constituit vt idem ius esset in postliminio reuersa ac si captus non fuisset. Paulo aliter Cassin in d. rub. n. 192. ex quo patet postliminium et lg. corneliæ fingendo captivum nunquam extra ciuitatem fuisse non constituere in omnibus idem ius ac si vere in ciuitate fuisset, sed id fingere quoad aliquos duntaxat efectus n.o vero quoad possessionem quæ facto interrumpitur neque quoad vsucapionem ex ea possessione perficienda q.a hæc sine possessione non contingit vt alibi ostendimus ==

5 H in lucem accipit l. 15. de vsucap. in princ. eius §. versiculus mire præcedentem assertionem adstruit quidquid alij dicant. ibi proponitur hæc quæstio Titius (exempli causa) pro emptore possidebat, captus fuit ab hostibus et ibi decessit. quærit JC.s Paulus an hæredi eius procedat vsucapio? ratio dubitandi: nam per captiuitatem interrumpitur vsucapio. Ratio decidendi. ibi etsi ipsi reuerso non prodest quemadmodum hæredi eius prodesit sed verum est eum in sua vita desisse possidere ideoque nec postliminium ei prodest vt videatur vsucepisse. in quibus hoc argumentum non obscure latet si reuerso Titio non prodest interrupta vsucapio multo minus hæredi eius per legem Corneliæ proderit.

sed Titio reuerso non prodest postliminium ut perficiat interruptam possessionem: ergo multo minus ipsi defuncto proderit. lege Cornelia maiorem propositionem supponit Paulus ut indubitabilem minorem ut minus manifestam probat ex illis verbis, sed verum est eum in vita sua desiisse possidere, quasi diceret postliminium non prodest ei qui in vita sua desiit possidere, quia possessionem non restituit. sed sine possessione non procedit usucapio: ergo reuerso non prodest postliminium ut interruptam usucapionem perficiat. Diximus magis dubitauisse JCum Paulum in casu postliminij quam legis Corneliae, quia plus iuris in postliminio quam in lege Cornelia considerari poterat, quod satis constat ex dictis nam Paulus arguit a negato iure postliminij quo ad interruptam usucapionem ad negandum legem Corneliae in eo casu locum habere. et proinde a maiori ad minus. si quaeris rationem ob quam Paulus minus difficultatis inueniret in extendendo iure postliminij quam legis Corneliae. haec mihi probabilis videtur, nempe quia quidquid postliminij iure tribuitur ipsi captiuo immediate prodest, at vero l. Cornelia eius haeredibus. et nihil mirum si maiore fauore dignus videatur ipse captiuus, nihil mirum quod Paulus existimauerit iis magis voluisse fauere captiuo reuerso quam eius haeredi. 2a ratio iuxta principia aduersae communis sententiae posset esse, quod in postliminio reuersus est persona vera, in lege Corneliae fictione, non vera sed ficta. Kerius lib. 1. interp. cap. 1. n. 16. quae doctrina, etiam ex glosa personae fictae inuentione adaptari potest nostris principijs, secundum quae in haereditate nihil actualis voluntatis existit, quod contra est in captiuo reuerso. hinc de ratione ob quam captiuus non possidet agendum oportune

nec inde expositio d. lg. 15. interrupta dici debet cum necessarium sit hanc quaestionem praemittere, ut quae in d. lg. sequuntur percipi valeant =

6 Captivus non usucapit, quia non possidet. lg. 19. et 23. ex qq. causis mai. d. lg. 15. de usucap. sed cur non possidet? quia per captivitatem possessionem amittit cur amittit inquires? Respondetur quia ab alio possidetur. lg. 23. §. 1. de adq. possess. lg. 54. §. ult. de adq. rer. dom. lg. 118. de R. J. nam factum quo captivus possidetur est talis naturae ut excludat possessionem captivi, neque obstat quod possessio sit ius ut proinde facto tolli non possit, etenim est ius talis naturae ut facto alterius tollatur diximus cap. 6. n. 9. quod ex eo procedere existimo non quia factum captivitatis, ut sic excludat ius possessionis, sed quia dum quis possidet ab hostibus eo ipso amittit animum possidendi sicut quando vi maiori cui nunquam resisti posse speramus possessionem amittimus de quo etiam d. cap. 6. diximus. Dices si captivus non possidet quia possidetur nec esset Dominus quia dominatur hoc sophisma proponit Praedec. cui respondeo concedendo illationem nam certum est captivum dominium habere non posse, et ideo necesse fuit ut iuris potestate dominium restitueretur aut conservaretur: inquires tamen cur ius dominia et alia iura captivo restituit non tamen idem in possessione aut usucapione contingit. Respondeo usucapionem non restituere quia non restituit possessionem, et ideo unice laborandum fore in quaerenda ratione ob quam ius possessionem captivo non reservat. DD. qui dicunt possessionem esse facti quoad substantiam; docent ideo ius circa possessionem non disponere quia fictio iuris non pertinet nec extendi potest circa ea quae

sunt facti. sed falso supponit ius non fingere circa ea que sunt facti=

7 Eteni quamuis ius facta infecta facere non possit; neque infecta facta constituit tamen eosdem efectus acsi factu, non fuisset factu, et ac si infectum factum fuisset; ideoque quamuis ius non possit facere captum non fuisse captum, dominium captiuitatis facto amissum non fuisse amissum constituit, tamen vt idem iuris sit ac si dominium non fuisset amissum, ac si captus non fuisset captus. lg. retro de captiuis. similiter nasci est facti, et tamen ius non natum natu fingit quoad efectus. lg. qui in vtero de stat. hom. mori est facti et tamen ius viuere mortuu fingit. §. 1. inst. de excus. tut. in fin. eodem modo traditione et possessione. lg. quisquis 28. C. de donat. 1. fingit. lg. quicquam C. de donat. ita exs in d. rubr. n. 182. D. Castilla de singular. mutui sect. 2. n. 14. et 15. neque obstant l. 12. §. facti de capt. et postl. lg. 19. ex quib. caus. iunctis his que diximus ex quibus constat ius omnia captiuo reuerso restituere; possessione aut possessionis efectus minime consexuare, aut tribuere; ~~possessione, aut possessionis efectus~~; quod argumentu similiter eformari potest in lg. Cornelia. Respondeo ius posse fingere circa ea que sunt facti difficilius tamen circa ea fingere quam fingat circa ea que sunt iuris, et ideo fictio non expedita, non comprehendit ea que sunt facti dum generaliter procedit, nec expresse ad facta extenditur, nam ea que notabiliter fiunt nisi specialiter notentur videntur quasi neglecta vt dicitur in lg. 15. §. ait pretor 25. cum seq. de iniurijs. D. Castilla d. n. 16. quare cum non sit expresse notatu in postliminio

aut l. Cornelia minime hec fictionis ad possessionis effectus extendytr. nq hoc habet possessio ultra alia iura q.d facto contrario interrupitr, et q.d semel interrupta nequit restitui nisi fingatr cum ipso incompatibili facto captiuitatis permansisse (aliter Kerius videndus differ. 1. q. 62.) que solutio meo videri aperte probatr ex d. lg. 19. ex qq. caus. mai. ubi non dicitr q.d possessio habet pluximum facti (non q.d sit factum) et ideo non restitui q.d huiusmodi causę postlim.o non contingtr, nec dicit I.C. q.d non potuerit contineri, sed dutaxat q.d non continentr, sed ut veru fatear adhuc obstat d. l. 12. §. facti ubi dicitr id nulla constitutione fieri posse. Respondeo ibi dici nulla constitutione fieri potuisse ut possessio et exinde usucapio captivi interrupta non sit. potuisse tamę fieri ut haberetur eodem iure ac si non fuisset quidę interrupta q.d non negat ibi Triphoninus. vide Arim in ubi. n. 184. et 185. ubi aliter respondet Fabro supponens in his casibus fictionem fore de re impossibili, et repugnanti et ideo non dari nam licet in sensu composito captiuitatis impossibile sit possidere in sensu diuiso non est impossibile, et hoc suffiat ad fictiones iuris ut communiter post Bartholy traditr =

8 Neque obstat q.d usufructus qui licet ius sit facti tamen est quatenus a. facto dependet postliminio restituitr. §. inst. finitur. de usufr. legato. lg. 26. quib. mod. usufr. lg. 23. §. item ei 2. ex quib. caus. nam respondetr postliminiy non restituere ususfructum pro tempore captiuitatis, sed eum restituere quatenus ius est de nobo constituendo cum, et similiter (quanty fieri potest). fieri quoad possessionę

quam n. restituit ius pro tempore captiuitatis, et ideo n. procedit vsucapio sed tribuit ius ad recuperandũ seu adquirenda de nouo possessionẽ d. lg. 23. §. itẽ ei 2. sed inquires fortasse cur fructus ex vsufructu medio tempore percepti restituuntur, et non restituitur quoad effectus possessionis nempe quoad vsucapionẽ respondere potest. ius non restituere vsufructũ, ita vt captiuus retro habeatur possessor qd esset necessariũ vt illud tempus prodesset ad vsucapionẽ, et in hoc eodem modo ius procedit quoad possessionẽ ac procedit quoad vsufructũ restituuntur fructus ratione vsusfructus quia hoc potest fieri sine restitutione vsusfructus multi enĩ habent iuste fructus sine vsufructu, de inde quia iniustum est vt ab alio sine causa lucrentur non restituitur vsucapio q. vsucapio non ita separata à possessione sicut vsusfructus à fructibus; vsucapio enĩ sine possessione non contingit nec contingere potest. lg. 25. de vsucap. lg. 44. in fin. eod. quia ipsa vsucapio in fieri est substantialiter possessio continuata. fructus enĩ sine vsufructu dari possunt. et ideo cum IC. in d. lg. sciret postliminij non pertinere nec voluisse restituere possessionem, non restituit vsucapionẽ quę restitui non poterat quin possessio retro restitueretur restituit tamen fructus quorũ restitutio fieri poterat quin retro vsusfructus restitueretur.

9 Probabiliter tamen, his omissis, alia ratio asignari potest ob quam ius cum alia iura captiuo restituta, noluerit ei possessionẽ restituere, noluerit que vsucapionẽ quę sine possessione non poterat, contingere vt constat ex d. n. praec. ratio est quia ius ciuile postliminij

tantum restituit ea quae fuerunt captivitate amissa, possessionem autem non restituit quia ea ante captivitatem amittitur, quod patet nam possessio amittitur dum quis captus fuerit antequam deveniat in praesidia hostium, quia ab hostibus iam tunc possidetur et ideo amittit statim possessionem. l. 23. §. 1. de adq. possess. l. 118. de R. I. nec est necesse ut sit servus iam factus ad hoc ut ideo amittat possessionem quia ab alio possidetur ut constat ex l. 54. in fin. de adq. rer. dom. l. 1. §. idem Bitianus 46. de vi et vi armata. ideo enim amittit possessionem qui possidetur quia ponitur factum contrarium possessioni: aut potius ideo quia animum possidendi amittit seu amittere iuris praesumptione existimatur. ideo quae certum est possessionem amitti antequam captus deveniat in praesidia hostium sed ius non restituit ea quae amittuntur ante captivitatem, nec captivitatem agnoscit antequam captus ductus fuerit in praesidia hostium. l. 5. §. 1. de capt. ibi antequam in praesidia hostium perducatur manet civis. l. 19. §. 3. eod. sic intelligenda quod confirmatur ex d. l. 15. de usucap. ibi sed verum est eum in vita sua desisse possidere, ideoque nec postliminium ei prodest &. iuncto quod captivitas est mors civilis et ideo idem est dicere ante captivitatem ac in vita sua. et certe haec consideratio optime convenit verbis d. l. nam ex eo quod in vita sua desierit possidere infert Paulus ei non prodesse postliminium quod non deduceretur nisi in d. sensu ea verba in vita sua accipiantur etenim in alio sensu potius contrarium deduci poterat, nam si in vita naturali amittitur possessio a capto et postliminium ei restituit omnia quae captivitate amiserat deduci deberet

hęc illatio q.º postliminium ei prodest. Vide Cantobaria interp. 22.º n. 10. sed his obstat l. 23. in pr.º ex quib. caus. maior. vbi dumtaxat a iure vsucapiendi excluditur, qui est in seruitute: q.º non antea amitit captus possessionem quam in seruitute seu in hostium præsidijs fuerit. Respondent d. lę. opponere eum qui est in vinculis publicis, aut priuatis cum eo qui in eadem ciuitate est in seruitute vt ille possideat et vsucapiat, hic neutrum exequi possit. et recte nam in ciuitate Romana (v.g.) qui non est seruus, et si sit in vinculis possidet et econtra si fuerit seruus qui in eadem ciuitate est in vinculis non possidet, nec vsucapit. aliter ac in eo qui est in vinculis aut captus deducitur nec adhuc est deductus ad præsidia hostium; qui est extra potestatem et limina imperij, nec adhuc est seruus, et tamen non vsucapit de quo non procedit d. l. 23. in pr.º vbi solum procedit oppositio respectu eiusdem ciuitatis =

10 Sed vt hinc habeamus restat exponere l. 44. §. et si 2. de vsucap. ex qua videtur probari postliminio reuerso possessionem seu conditionem vsucapiendi retro concedi. nam suposito q.d initio exigatur bona fides, tempore traditionis, vt acipiens possit vsucapere, et q.d singularitér in emptione, seu in vsucapione quę ex titulo pro emptore procedit exigatur bona fides, et tempore contractus et traditionis. lę. 10. in pr.º de vsucap. lę. 7. in fin. de public. lę. 2. in pr.º pro emptore ita taliter vt non sufficiat si iusta et cum omnibus requisitis possidere quis incipiat: quia si possessionem amisserit vt postea possidere et vsucapere incipiat iterum omnia eadem requisita exiguntur. lę. 15. §. pen. de vsucap. lę. 7. §.

qui bona fide 4. pro empt. quibus suppositis apparet difficultas d. lg. 44. §. 2. in fin. in qua hęc videtur species servus quem Titius bona fide et iuste vsucapere cęperat captus fuit ab hostibus. et postea reversus Titius cępit eum iterum vsucapere attamen sine bona fide et respondetur vsucapionem procedere, ex quo videtur deduci Titium non amisisse pręcedentem possessionem alias ad eam de novo vtiliter incoandam necessaria esset bona fides iuxta d. lg. 15. §. pen. de vsucap. lg. 17. §. 4. pro emptore; quę difficultas augetur ex eo quod ibi dicitur de partu ancillę nempe emptorem bonę que fidei possessorem ancillę posse vsucapere partum postea editum ex pręcedenti titulo quod videtur procedere ex eo quod quasi possederit partum a principio simul cum ancilla. Huic difficultati (omissis aliis) respondet Asin in d. rub. n. [illegible] 209. et 210. dicens postliminium vel esse in re, vel in persona. itatalitur vt si persona quę possidet capta sit ei possessio rerum non restituatur. sin autem res possessa capta fuerit et redierit vt servus vg. tunc ius plenius se habere et omnes effectus restituere, nam cum res fingatur nunquam capta et possessor manserit in ciuitate capax possitendi potuit ius restituere retro possessionem (nam vt ipse ait) quamuis dum res possessa capitur animo et facto amitti possessionem sit necesse ius hoc casu possessionem suplet, quia minus dificultatis in ea invenerit, quam in casu possessoris capti; sed hęc solutio displicet etenim si ius non restituit efectus possessionis facta captiuitatis amissę dum captus fuit possessor non video cur eosdem effectus suplere debeat quando res possessa capitur cum eodem modo quidquid dicat Asin amittatur possessio in hoc casu, nam dum possessor capitur ideo amittit possessionem quia possidetur dum res capitur etiam

quia possidetur ab hostibus amittitur possessio spe et potestate insistendi amissa: sed ait Asin d. n. 210. ideo in re capta restitui possessionem q.a haec fictio non involuit repugnantiam quam fictio possessionis in possessore capto involveret. sed inde hoc probat ex eo q.d postliminij circa res fingat non fuisse captas ut proinde potuerint esse possessae. sed idem dicendum in possessore qui fingitur n.o captus ut proinde, eodem modo fingatur possessor, nec fictio postliminij sibi contradicat. sed ait ulterius ex eo q.d dominus in civitate fuisse fingatur. non infertur necessario eum possedisse. sed hoc idem poterat evenire in re possessa ab hostibus capta, nam ex eo q.d in civitate semper supponatur non infertur continuo fuisse in possessione illius qui q.do fuerat capta possidebat, q.a is poterat amittere possessionem illius rei etiam si in civitate fuisset = quare his relictis puto dicendum fore ius postliminij non restituere possessionem retro ut retro et continuo possessio continuetur et hoc tam in una quam in altera postliminij specie. sed restituere possessionem ita taliter ut possit iure postliminij adipisci. d. lg. 23. in pri.o ex qq. caus. ma. et eam restituere ex causa praecedenti alias nihil praestaret, et constat ex d. lg. 23. aliq.d hinc tribuere praestat enim ius capiendi possessionem ex causa praecedenti et ut ex ea possit incipere usucapere, et sic non obstat. d. lg. 44. §. 2. imo ex ea id probatur, nam ibi IC. supponit q.d dicitur in d. lg. 15. §. pen. de usuc. lg. 7. §. 5. pro emptore et ideo ait illam regulam in aliquibus defficere, et ponit casum ancillae emptae et rei ab hostibus recuperatae qui conveniunt in eo q.d in utroque initium primae possessionis attendatur differunt tamen in eo q.d ex diversa causa procedat; nam quoad partum procedit illa decisio;

nq quoad partu ancillę potest procedere q.ª possessio fuit continuata, cum in possessione ancillę, et fetus contineri quodammodo videatr in postlim.º id procedit q.d ius novę possessioni tribuit easdem qualitates, quam prima habuerat, vt colligitr ex d. lg. iuncta d. lg. 23. ex quibus caus. =

11 Nunc ad d. lg. 15. de vsucap. reuerti quod attinet ad versiculu quod si servus vbi proposita dubiu an captivi per seruos possidere possint supposito q.º perse no possint; vt constat ex preced. vers. ex diximus n. 5. et quia hinc non constat an dubiu procedat circa adquisitionem possessionis per seruos faciendq ex causa peculiari an extra eam prius statuendu est quid probabilius sit, et an; hic versiculus et sententia Iuliani ibi relata extra causam peculiarę sit accipienda, vt putat Cassin in d. rubr. n. 243. 1.º quia cum textus de causa peculiari nullu verbu habeat diuinatorium esset eum ad illa causę restringere secundo q.ª si de causa peculiari accipiatr esset falsus versiculus quemadmodum; etenim constat plus iuris in causa peculiari captibus per seruos adquirere quę per se habeat. lg. 44. §. vlt. de vsucap. lg. penult. de capt. 3.º quia de q.º hinc proposita Iullianus dubitare dicitur, sed Iulianus non dubitauit an ex possessione per servum ex causa peculiari quęsita ius vsucapiendi competeret heredibus captivi arg.º lg. 12. §. facti de capt. q.º n.º de causa peculiari disceptatur in d. v.º = econtra illu versiculu et quęstionę ibi propositę procedere de causa peculiari tuentr plures quos sequitr Vallentia d. cp. 10. ex n. 5. et chenius lib. 1. interp. cp. 40. ex n. 12. vbi optime id probat. et id patet, nq si dubium extra causę peculiarę accipiamus supponendu et fatendu est Iullianu sensisse etiam extra causam peculiarem captiuo possessionę adquiri

potuisse q non sensit Jullian. vt constat ex lg. 12. §. facti de capt. lg. 22. §. pen. cod. neque obstant, quæ objicit Arin: nam ad 1. respondeo non esse diuinatoriu si generals locutione ita interpretemur vt eum accipiamus in eo sensu in quo sine absurdo accipi potest = ad 2. respondeo vers. quemadmodu sententiam esse falsam et tacite reprobatam in hac lg. expresse que in lg. 12. §. facti de capt. in fin. vt statim explicabimus. ad 3. respondeo Jullianum ibi dubitare quoad hæredes captivi et non dubitare quo ad ipsum captivu reuersu nec contrariu de opinione Juliani probari potest ex d. lg. 12. §. facti quæ tantu continet sententia Julliani quoad casu postliminij, non tamen ibi constat Jullianum non dubitare quo ad hæredes ex lg. Cornelia. =

12. His suppositis quæritur in d. vers. q si servus an per servu in ciuitate relictu possit captivus incipere vsucapere. ex causa scilicet peculiari Jullianus aiebat in pendenti esse vsucapione, ita vt si reuerteretur captivus ei prodesset sin autem ibi decessisset dubitari an per lg. Corneliam ad successores eius pertineret et dum dubitari asserit videtur id negare, n solu q dubitari ait (quamuis hoc sufficeret. lg. 42 ad lg. Aquill. lg. 16. §. 1. de tta. tut. lg. 3. de tto. militis tenet Arin d. rub. n. 246.) sed etiam quia ait esse in pendenti q certe n diceret si Jullian. existimauisset in vtroque casu vsucapione procedere et hæc interpretatio aliunde conuenit proposito Pauli qui præcipue in hac lg. conatur ostendere maiorem dubitandi ratione esse in lg. Cornelia ac in postliminio vt constat ex toto contextu 6. et ex d. n. et si hæc vero. videatur, tamen certum magis videtur q Jullianus dubitari dicat ex

sententia aliquorum, ut explicat Chesius lib. 1. interp. 10. n. 13. et 14. in quorum sententia in pendenti dicitur usucapio; quam opinionem non aprobat Jullian. ut constat ex lg. in bello §. facti de captivis. ex hac tamen sententia dubitantium an per lg. Corneliam ad successores captivi pertineret possessio a servis quaesita ex causa peculiaris probatur assumptum Pauli, nempe magis dubitari de amplitudine lg. Corneliae quam de postliminij extensione. = Marcellus aiebat posse plenius fictionem legis accipi: sed in quo plenius non satis liquet. existimo Marcellum plenius accipere fictionem legis quoad postliminium, non quoad lg. Corneliam: quod ultra alia statim dicenda constat ex eo quod si Julianus ex causa peculiari negavit usucapionem prodesse heredibus ex lg. Cornelia comparatione plenius non potest ad id referre, nam cum supponat positive plene et Jullianus illic scilicet ubi tantum sententiam aliorum dubitantium refert, suam opinionem non exprimens id positive non concedat; merito dici debet illud plenius supra postliminij fictionem cadere quae plene accipitur a Julliano et plenius a Marcello, neque ex eo quod dicat fictionem legis necesse est ut Marcellum de lege Cornelia loquutum dicamus; nam etiam fictio postliminij est fictio legis = existimo Marcellum plenius accipere fictionem legis in postliminio quatenus in ea sententia erat ut iudicaret etiam postliminium prodesse ad continuandam usucapionem eorum quae per se vel per servos possidebat captivus cum ad hostes pervenerit. quod probo etenim constat han fuisse sententiam Marcelli contra ut expresum in d. lg. 12. §. facti de capt. ibi: Marcellus nihil interesse ipse possedisset an subiecta ei persona. hanc eandem sententiam Marcelli hinc refert Paulus: rationem

Marcelli proponens in illis verbis quę statim sequuntur quęadmodum enim (aiebat Marcellus) postliminio reversus plus iuris habere potest in his quę servi egerunt, quam in his quę per se vel per servos possidebat cum ad hostes pervenerit quasi ita argueret certum est servum captivi possidere et usucapere ei posse ex causa peculiari sed repugnat plus posse captivum per servum quam per se: ergo plenius fictio legis in postliminio accipienda, ita ut non solum usucapiat captivus ea quę servi ex causa peculiari possidet, sed etiam ea quę per se vel per servos ex quacumque causa possidebat cum ad hostes pervenerat = huic argumento non respondet Paulus quia debile ipsi videretur et quia cum in pręsenti legis ~~in~~ suo principaliter ageret de ea quęstione an successores ex lege Cornelia usucaperent ea quę captivus per se possidebat (de qua quęstione iam Paulus sententię suę proposuerat efficaciter que pronauerat) noluit sententię Marcelli impugnare, quę solum procedebat quoad postliminium non vero quoad legem Corneliam, ut statim ostendo. =

13 Duntaxat quoad postliminium opinabatur Marcellus nihil interesse ipse possedisset, an subiecta ei persona ut in hac lege et in d. lege 2. §. facti in fin. de capt. de capt. quoad legem Corneliam non sentiebat Marcellus imo interesse putabat ipse possedisset an subiecta ei persona ex causa peculiari, ita ut si per se possedisset non prodesset usucapio successoribus. sin autem per servos ex causa peculiari vel antea possidebat, vel postea servi ei possiderent usucapio procederet locumque haberet in successoribus. et ideo Paulus huius l. auctor Marcellum non refellit, nam cum propositum Pauli fuisset ostendere difficilius usucapere successores captivi ex lege Cornel.

quam ipse captivus reversus iure postliminij: cumque id in principio ostenderit: postea retulit sententiã Julliani qui in vsucapione ex causa peculiari dubitauerat quoad successores, ex lg. Cornelia, non tamẽ quoad postliminiũ: et vltimo adduxit auctoritatẽ Marceli qui licet plenius postliminiũ extenderit quã alij non tamen extenderat legem Corneliã. Itaque omnia quę hinc congerit Paulus suę sententię efficaciter confirmant: ex his explicatur vltimus versiculus qui etiam Marcelli est. nam hęreditatẽ in quibusdam vice personę defuncti fungi receptũ est, ideoque in successoribus locum non habere vsucapionẽ (aiebat Marcellus) quasi diceret quamuis propter ius postliminij nihil intersit an captiuus per se, an per subiectas personas possedisset non idẽ dicendũ quoad successores ex lg. Cornelia. nam hi succedũt quia lex constituit hęreditatẽ a tempore captiuitatis quasi in ipsa ciuitate decessisset captivus: et ideo cum receptũ sit vt hęreditas fungatur vice personę defuncti et ille qui fingitur defunctus, defacto possessionem eorũ quę per se possidebat postquam defunctus fingitur amisserit, videest vt in hęreditate quę vice defuncti fungitur non possit esse possessio quam defunctus amisit, et ideo certum est in successoribus locũ non habere vsucapionẽ: hęc ratio Marcelli obscure proponitur et ideo pleniorẽ explicationẽ exposcit. vt ergo vis huius rationis percipiatur supponendum est q.d supra diximus ceptam a defuncto vsucapionẽ non continuari si hęreditate iacente interrupta sit. deinde supponendũ est per legem Corneliam hęreditatem iacere a tempore precedente captiuitatẽ, ita vt toto tempore quo captiuitas durat hęreditas eodem modo iacens dicatur ac quęlibet alia hęreditas. ex quo sequitur vt eodem iure fungatur eidẽque

regulis iudicetur. sed in hęreditatibus hoc ius obseruatur vbi tunc demum in successoribus locū habeat vsucapio in rebus quas defunctus vsque ad mortē possedebat si medio tempore non fuerit interrupta possessio nam si interrupta sit non potest in hęreditate continuari, quia hęreditas vice personę fungitur, et sicut ipse testator non posset vnq͂ perficere vsucapionē semel interruptā nisi de nouo incoanda ea ita similiter non potest hęreditas quę eius vice fungitur: quare cum possessio captiui in rebus quę per se possidebat sit interrupta captiuitate, inde recte infert Marcelus in successoribus locū non habere vsucapionē quia si haberet esset propter fictā hęreditatem et in hęreditate non datur possessio interrupta, et ideo non datur quia nec in ipso defuncto cuius vice hęreditas fungitur talis possessio datur. =

14 Sed dices si Marcellus agnoscit interruptam possessionē in rebus quę per se possidet et ideo lq. Corneliā non prodesse ait, cur opinatur postliminiū in eodē casu prodesse? maxime q.ª etiam per lq. Corneliā captiuus fingitur nūquā captus. Respondeo 1. sententiā Marcelli verā non esse quoad postliminiū neque à Paulo aprobari, et ideo nos non teneri ad respondendū argumēto ex falso supposito deducto. 2.º resp.º etiam concessa sententia Marcelli non obstare q.º plus tribuisset fictione postliminij quam legi Corneliā. etenim certum est nec hoc negat Marcelus in vtroque casu interruptā esse vsucapionē propter interruptionē possessionis, sed existimabat postliminiū eam restituere quoad efectū vsucapionis, legem Corneliā non item. moueri poterat ex eo

quod diverso modo se habeant hę fictiones. nam lx. Cornelia duntaxat fingit captū mortuū dū caperetur. lg. in omnibus 18. de capt. ita ut in omnibus velit eum haberi pro mortuo d. lg. 18. lg. 22. in prīo eod. sed in mortuo hoc ius observatur, ut interrupta usucapio possessione quomodolibet interrupta; igitur lx Cornelia non prodest ad hoc ut interrupta possessio eius heredibus prosit: č contra in postliminio opinabatur Marcellus, quia ipsi captivo reverso perinde omnia restituit, ac si non fuisset captus. lg. 19. et passim eod. tit. itaque quamvis ius fingat tā ex lg. Corn. quā post. captum non fuisse captum: hoc diverso modo se habet. nam in lg. Cornelia finxit n̄ fuisse captum quia fingit semper in civitate vixisse: et ideo non sine colore plenius accipiebat Marcellus fictionē legis in postlim.º quam in lg. Cornelia. sed ut iam dixi Marcelum non defendimus in eo qđ asserit de postlim.º duntaxat rationē qua deceptus fuerit proponimus coniecturarum. non eum defendimus nec defendere possumus quia eius sententia falsa est et refutatur in d. lg. 12. §. facti de capt. et hinc a Paulo ibi sed verū est eum in sua vita desiise possidere ideoque nec postliminiū ei prodest ut videatur usucepisse et ab eodem Paulo in lg. pen. de capt. et a Julliano in lg. 22. eod. §. 1. et 3.

15 **S**i vis ut respondeam arg.º Marceli in illis verbis quemadmodū enim postlim.º reversus plus iuris habere potest in his quę sexui cęperunt &. dici

potest non esse notū ut possit quis oblique et per alium consequi quod per se non posset ut in casu l. 82. §. fin. de leg. 2. nam sicut ibi est impedimentum naturale in domino ut ipsi res sua legari possit, ita similiter est impedimentū naturale captiuitas nam qui posidet facto quo possidet excluditur à facultate posidendi sicut qui rem habet excluditur ab alia illius rei adquisitione, hæc incompatibilitas tollitur interposito seruo qui ex causa peculiari posideat quo casu ex persona sua naturaliter capaci et voluntate domini non reuocata potest possidere domino. etenim si Dominus per se possideat dum capitur amittit animū et facultatem insistendi rei, at si per seruū possideat ex causa peculiari, aut seruus postea ex eadem causa ei possessionē adquirat nulla datur repugnātia si quidē etiam captus volūtatē possidēdi per seruos conseruat et ibidē conseruat facultatem insistendi per seruos nam licet facultatē insistendi per se amittat non tamē facultatē per alios nempe per seruos amittit, neque animum aut volūtatem ita insistendi. et ita procedūt. l. 23. §. pen. ex qq. caus. ma. d. l. 22. §. 1. et 2. l. pen. de capt. et apertius nostra solutio fundatur in l. 44. §. vlt. de vsucap. sed etiā confirmari potest exemplo ad id aducto in l. pen. de capt. nam hæreditas per se immediate n̄ potest adquirere remote tamē hoc est per seruos potest argumentū Marcelli, q̄d ita formari potest: seruus adquirit ex capacitate domini sed seruus captiui adquirit possessionē ex causa peculiari

q.º dominus absolute habet capacitatem possidendi per se facile tollitur negando maiorem nam servus adquirit ex sua capacitate, nam licet ipse sibi adquirere non possit potest tamen alii adquirere. Sed dices servus licet domino adquirat possessionem ex facto naturali suo et voluntate domini non tamen potest eam retinere nisi dominus sit capax possessionis recipiendae, sed dominus captus est incapax: q.º R.º servum naturaliter rem tenere ad quod est capax ius possessionis domino quaeri non posse in captivitate directo posse tamen indirecte dum servus habet ius eius nomine insistendi. et denique in hoc casu cum ius omnia in pendenti constituat ut dicebat Iulianus in hac lg. 15. etiam ius possessionis in pendenti habet, nam cum solum factum supplere nolit, hoc est cum solum nolit praestare effectus facti adstante facto legitime constituto et hinc datur ex persona servi et voluntate praecedente domini inde est ut possit procedere usucapio in causa peculiari. Vide lg. 8. §. fin. de usucap. et de eius exposit.e Bachov. ad Treutl. Vol. 2. disp. 21. th. 3. lit. e. in fine V.º nec obstat. =

16 Plura de hac lg. tradunt plures Barth.s Iason et alii repetentes in lecturis ad d. lg. Vallentia lib. 1. tr. 3. cp. 10. et 11. Arin in d. rubr.ª ex n. 212. per plures Prado in Expos. d. lg. 15. notare tamen oportet in d. lg. ultimum versiculum in fine ab aliquibus legi afirmative. sed cum in Florentinis ibidemque in fere omnibus quae editionibus pandectarum negative legatur ibi loqui non habere usucapionem

hanc sequimur ne cum paucis aliter legendo textum emendare videamur: non tamen esset difficile exponere illum versiculum affirmatiue conceptum: tunc enim seruata omni legis sensu usque ad eum vers. iuxta nostram expositionem dicendum foret Marcellum sententiam suam, quam proposuit in d. lg. 12. §. facti de capt. non restrinxisse ad postliminium sed eque ac in eo in lg. Cornelia seu in successoribus ex ea existimasse nihil interesse heredibus an ipse defunctus per se an per subiectas personas possedisset: quo posito in v.º quemadmodum probat suam opinionem quoad postliminium ut supra diximus: et in v.º nam quoad lg. Cornelie quasi diceret: supposito q.d postliminium facit ut continuetur usucapio eorum que per se captivus possidebat sequitur ut idem eueniat in successoribus ex lg. Corn. nam hereditas fungitur vice persone et ideo sicut captivus possidet ita eius ficta hereditas, quare in successoribus locum habet usucapio. videndus Chesius d. q. 40. lib. 1. interp. qui ita legit.

17 Constat ergo ex decis. d. lg. 15. de usucap. possessionem non continuari quando fuit interrupta; neque postliminij aut legis Cornelie fictionis ullo modo sufficere ad continuandam usucapionem interrupta possessione; sed non infertur q.d n. possit incipere usucapio ex possessione per seruos ex causa peculiari quesita: nam in hoc casu usucapio procedit et prodest tam ipsi captivo reuerso, quam eius successoribus per lg. Corneliam si apud hostes decedat, q.d non negat Paulus neque Iullianus qui tantum dubitari ait ex sententia aliorum. multo

minus Marcellus, qui si legas vlt. vers. negatiue non loquitr de hoc casu sed dy̆ta[ctat] de possessione interrupta per captiuitate: si legas affirmatiue hoc expresse probat vt constat ex n. prec. ideo non obstat l. 22. §. pen. de capt. et que ad id probandum adducit Vallentia quia vltro concedimus tam in postliminio reuerso quam in successoribus per lg. corneliam continuari vsucapione rerū quam serui possidebant ante captiuitate aut ex causa peculiari post captiuitate possidere ceperant. ═



Cap. IX.

An Defunctus testator per solam aditionem extranei et existentiam sui heredis dominium possessionem amittat. Ubi late explicatur l. 1. §. 16. de adq. possess. Et ostenditur solum pro herede non sufficere usucapionem.

Ex precedentibus capitibus constat possessionem et dominium per mortem non extingui imo penes defuncti voluntatem remanere quousque heres de facto existat; per aditionem si fuerit extraneus; et per nudam existentiam si suus fuerit. retinet quidem defunctus quousque transeant ad heredes et ideo scrutari oportet à quo tempore heredes dominium possessionem habere incipiant. et quod atinet ad possessionem facilis est questionis resolutio; nam aut loquimur de herede extraneo aut de suo: si de extraneo certum est eum non possidere quamvis hereditatem adierit nisi post aditionem naturalem possessionem apprehenderit. l. 23. in princ. l. 30. §. 5. de adq. possess. ita ut non sufficiat aliquam rem hereditariam possidere. sed necesse sit ut singularum rerum possessionem capiat. l. 1. §. veteres 16. l. 38. §. fin. de adq. possess. Antonius Gomez in l. 45. Tauri n. 39. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. n. 799. et cum his et aliis Assin in rubr. de usucap. n. 84. = Aut loquimur de suo et idem erit dicendum licet aliqui dissenserint asserentes possessionem in suos heredes continuari, quam sententiam reiecimus cap. n. videri potest Assin in d. rubrica n. 158. usque ad n. 167. inclusive ubi efficaciter probat nullam distinctionem dari inter suos, et extraneos

hæredes quoad possessionẽ. cum ergo hæredes non possideant antequam naturaliter possessionẽ capiant: et cum in hæredes possessio defuncti continuetur si aliunde non fuerit interrupta, ut etiam ostendemus cap. 7. n. et cap. 8. n. infertur defunctum possidere usque quo hæres apprehenderit possessionẽ; nec per solam aditionẽ extranei existentiã ve sui desinere defunctũ possidere.

2 Difficilior est hæc quæstio quatenus attinet ad dominium; et ideo ad eius intelligentiã statuendũ est. defunctũ esse dominũ post mortẽ quia dominiũ voluntate retinet usque quo transeat ad hæredes constat ex dict. cap. et cap. : ideoque est dominus saltim usque ad aditionem. sed quia per aditionẽ fit Dominus hæres extraneus, et suus per nudã existentiam ideo dicendũ videbatur defunctũ post existentiã sui et aditionẽ extranei hæredis penitus desinere dominiũ habere. cum duo domini in solidũ pro eodẽ tempore esse non possint. lẽ. 5. §. si duob.⁹ vlt. commodati. lẽ 3. §. ex contrario de adq. possess. et hæredes ex tunc domini rerũ hæreditariarũ esse incipiant. arg. lẽ. 37. de adq. hæred. lẽ. 80. de leg. 2. lẽ. 1. 2. et 3. de bonor. possess. ut proinde alius dominus repugnet. sed his minime obstantibus ita hoc dubium resolvendũ est, ut dicamus defunctũ ante aditionẽ esse in solidũ dominũ post aditionẽ, existentiam ve hæredis esse etiam dominũ dominio naturali præditum: hæredẽque per solã aditionẽ existentiã ve duntaxat dominiũ civile adquirere posse. quod minime repugnat, nam licet duo domini in solidum esse non possint pro eodem tempore in eadẽ

specie dominij: bene tamen possunt in diversa, ut probat §. 29. inst. de adq. rer. dom. in casu tigni alieni ædibus inseparabiliter iniuncti; qd duorum dominorum est pro eodem tempore. =

3 Itaque hoc dubium duplici conclusione resolvendum erit. sit prima. hæredem naturale dominium per solam aditionem existentiæ re non adquirere sed tunc demum cum singularum rerum possessionem adquisitam habuerit. sit secunda conclusio: hæredem post adquisitionem possessionis dominium naturale adquirere in rebus possessis: desinere tamen non omnino ius in rebus hæreditarijs amittere, neque hæreditatem extingui. 1. conclusio quam tenent Immola in lg. si homo 35. de usucap. Petrus Barbosa in rubr. ff. solut. matrim. 4. p. cp. 9. n. 27. probatur 1. ex textu in lg. 18. de adq. rer. dom. lg. 43. de adq. hæred. lg. 1. §. 16. lg. 38. §. fin. de adq. possess. lg. 48. eod. in quorum expositione plurimi sapientissimi viri laborarunt. res quidem difficilis et quacumque vigilia digna. veteres putaverunt et pro regula iuris tradiderunt: non posse nos per servum hæreditarium adquirere qd sit eiusdem hæreditatis d. lg. 1. §. veteres 16. quæ regula non solum negat adquisitionem possessionis unius rei hæreditariæ per aliam sed etiam adquisitionem dominij. ita ut sensus huius regulæ sit etiam adquisito dominio servi hæreditarij hæredem non posse adquirere per illum dominium aut possessionem alterius rei hæreditariæ fundi v.g. quod d. regula procedat quoad possessionis adquisitionem constat ex d. lg. 1. §. 16. ubi dum excipitur casus rerum donatarum emptarum, aut legatarum constat exceptionem de possessionis adquisitione procedere ubi per unum ~~reliquorum adquirere possessionem~~ an possint

cæteri possideri, et postea per unum reliquorum adquirere possessionem: cum q. exceptio debeat esse de regula deducitur regulam ad rerum possessionem spectare. præterea id probatur ex eo quod hæc regula proponatur sub titulo de adq. possess. et quod ibi agatur de casibus in quibus limitari debeat quod confirmatur ex d. leg. 1. §. 17. et 18. ibidem ex leg. 38. §. fin. eod. tit.= quod etiam pertinet hæc regula ad adquisitionem dominij constat. 1. ex d. §. 16. ubi regula generaliter concepta est ad omnem adquisitionem excludendam. neque obstat q. ibi proponatur prout pertinet ad adquisitionem possessionis; etenim hoc non probat eam etiam ad dominij adquisitionem non pertinere, nam regula quæ ad duas materias pertinet sub utraque exponi debet. 2. id confirmat l. 18. de adq. rer. dom. ubi eadem regula proponitur prout pertinens ad adquisitionem dominij ibi: per hæreditarium servum quod est eiusdem hæredi adquiri non potest et maxime ipsa hæreditas ubi primo negatur adquisitio dominij rei hæreditariæ (nempe post aditionem) et a fortiori negatur adquisitio ipsius hæreditatis (ante aditionem scilicet alia ea particula esset inepta) 3.o ad idem facit l. 43. de adq. hær. 4. idem probatur ex d. §. 16. quatenus ab ea regula excipiuntur res donatæ emptæ aut legatæ nam etsi ibi dumtaxat quæratur de aquisitione possessionis, certum est consequenter agi de adquisitione dominij, q. per adquisitionem possessionis adquiritur l. 20. §. fin. de adq. rer. dom. leg. 1. §. 1. de adq. possess. quare exceptio illius regulæ ad dominium et possessionem pariter pertinet; ut proinde idem regula dicendum sit. cum exceptio debeat esse de regula.=

4 Barth. Jason et alij post Accursium in d. §. 16.

quos sequitr Richard. in tit. ff. de adq. hered. cp. 19. n. 10. cum veteri regula ad dominii adquisitionem pertinere existiment contendunt eam dumtaxat habere locu ante aditione hereditatis sed ea etia post hereditatem aditam saltim quoad possessionem locum habere contendunt castrensis Zasius et Duarenus in d. §. 16. quos sequitr Bachov. ad treutler. volum. 2. disp. 21. thes. 3. lit. B. sed ex adverso Vallentia lib. 1. tr. 2. cp. 12. n. 4. nos vero tuemur hanc regula et ante aditu et post aditu hereditatem locum habere. nec minus ad dominij quam possessionis adquisitione pertinere iuxta dicta num. precedenti. qd veteri regula ante aditu hereditate locum habeat, constat ex d. lg. 18. de adq. rer. dom. lg. 13. de adq. hered. ubi non solu de reru hereditariaru adquisitione, sed etiam de adquisitione hereditatis agitur. quare necesse est ut etia pertineat ad casum non aditæ hereditatis nam post aditionem iam hereditas adquisita manet, et ideo frustra dubitaretur an iteru posset adquiri. Vallentia d. cp. n. 2. itaque ante aditam hereditate, nec ipsa hereditas nec res hereditariæ adquiri quoad dominiu possessione ve possunt per servum hereditariu. ratio est quia ante aditione nihil hereditariu adquiri potest cum prius sit ut hereditas adeatr quam ut ipsa, vel aliqua res hereditaria adquiratr. de inde qa ante aditione, aut qd idem valeat. servus hereditarius est alienus heredi et per servu alienu nihil adquiri potest. §. ex his §. inst. per quas person. alias rationes tradit Vallentia d. cp. 12. n. 3. hoc quide absque dubio procedit. sed an ex d. regula probetr non constat. et probabilius puto hoc ex d. regula n. dirigi, seu

immediate probari sed dumtaxat illative, et a fortiori ratione, quasi ita arguatur post aditam hereditatem per servum hereditarium nihil quod hereditatis sit adquiri potest. sed tunc plus iuris habet in servo heres quam ante aditionem ergo ante aditionem res hereditariae per servum adquiri non possunt. vel ita post aditionem res hereditariae per servum hereditarium adquiri non possunt: ergo multo minus ipsa hereditas ante aditionem, quod confirmat d. l. 18. de adq. rer. dom. in verbo maxime. ==

5 Docet praedicta regula post aditam hereditatem per servum hereditarium nullam rem hereditariam adquiri posse d. leg. 1. §. 16. cum concordantibus, et quod de hoc casu sit accipienda probatur 1.º quia cum regula ad possessionis adquisitionem etiam pertineat necesse est ut locum habeat in casu in quo de possessione quaedam disputari possit: sed nequit de hac re disputari ante aditionem (nisi dicendum de nuda existentia, quae idem operatur ac aditio extranei) ergo ea regula post aditionem locum habet. et hac ratione movetur Ballentia d. cp. 12. n. 4. = 2.º probatur, quia ante aditionem eodem modo se habent res hereditariae ac non hereditariae cum eodem modo sint alienae heredi: sed regula loquitur de rebus hereditariis ita ut non pertineat ad res quae hereditariae non sunt: ergo loquitur de rebus hereditariis prout a non hereditariis distinguuntur quod accidit post aditam hereditatem. 3.º quia ante aditionem, cum nec dominus nec possessor sit heres, certum est, ideo non posse per servum hereditarium adquirere, quia est alienus, non vero quia sit hereditarius. 4.º quia in d. §. 16. et in leg. 48. eod. excipiuntur a regula servi donati empti, aut legati ex quibus per unum possunt ceteri adquiri

quę exceptio ut sit vera procedere debet in casu quo unus ex servis donatis emptis, aut legatis adquisitus sit ut per eam cęteri adquiri possit. alias per servum alienū adquirerentur: ergo ut exceptio sit de regula necesse est regulā procedere in casu quo servus hęreditarius sit adquisitus hęredi quod ante aditionē fieri non potest: ergo regula veterū de servo hęreditario post aditionē hęredis facto procedit. sicut exceptiones procedunt de adquisitione facienda per servos adquisitas, et hęc Pachovij fundamenta in d. §. sed ex adverso. §. id probat Gofredus in lg. 43. de adq. hęred. ex d. lg. 38. §. fin. de adq. possess. ubi dicitur hęredem posse res hęreditarias possidere per servum testatori debitum qui ad hęredis potestatē pervenisset. et hoc ex eo quia non servus iure hęreditario sed actio ex empto ad eum pervenisset. ideoque ex hac lg. infertur hęredem non posse id facere si eundē servum in eodem casu iure hęreditario haberet. sed casus in quo procedit hęc l. est post aditā hęreditatem nam antea non potuisset hęres habere actionem ex empto. lg. 20. §. 1. de adq. hęred.: ergo ex ea lg. infertur post aditam hęreditatē illam veterum regulam locum habere. id confirmatur ex d. lg. 1. §. 17. ubi exceptio proponitur in hęrede qui ex causa legati servum hęreditariū eius ve partem habeat quod non nisi post aditam hęreditatē locum habere potest, ut proinde de eodem casu regula procedat. =

6 Sed objiciunt l. regulā loqui de servo hęreditario; et post aditionē servum hęreditariū non amplius esse quare regulam de servo post aditionē non loqui contendunt. sed nihil obstat objectio

quia n̄ omnino servus desinit per aditionẽ esse hereditarius. quia nec hereditas desinit esse hereditas vt probauimus cap. 1. ex n. 21. et statim latius ostendam. 2° quia non implicaret servũ apellari hereditariũ relatione habita ad id quod fuisset. vt patet ex tit. de petit. hered. et de her. vel act. vendita. Valentia d. cp. n. 4. et Bachov. d. §. 2. obijciunt regulã ita acceptã nullam rationẽ reddi posse. Resp.° 1. non ideo esse restringendam arg. l. non omniũ 20. de legi. vt suadent verba Pauli in d. §. 16. quẽ nullã rationẽ reddyt, et hanc fuisse quorũdam opinionẽ refert Iason in d. §. 16. col. 6. et rectior hẽc solutio quam illa Accursiana a condicione equaliũ desupta q.d Asinus intumescat per comparem aprehensus. q.d reijcitr exemplo pluriũ servorũ legatorũ in quibus eadẽ equalitas est, et tamẽ non obstat. vt recte Bachov. d. §. deinde q.d hẽc ratio ad summũ inter servos tantũ haberet locum, nec tolleret fundũ per servum aprehendi posse tum q.a non est equalis tum q.a intumerere non potest. Castrens. hanc reddit rationẽ q.d nihil possit esse causa suẽ causẽ seu vt explicat Duarenus q.d servus contineatr in hereditate, et q.d hereditas sit causa eum adquirendi, quare videbatr repugnans vt ipse iterũ esset causa adquirendẽ hereditatis. hanc eandẽ rationẽ redit Vallentia d. cp. 12. n. 5. nec multum abest Zasius in d. §. n. 6. vbi ait servum hereditariũ esse vnam rẽ simul cum alijs rebus hereditarijs quare nequit alias res heredi adquirere ne videatr se ipsum adquirere. quare omnes hi Doctores supponunt etiam post aditionẽ hereditatẽ manere. nec aliter potuit Vallentia ab huius regulẽ difficultate exipi

quamuis alibi doceat hereditatē per aditionē extin-
gui fieri que res hereditarias patrimonij heredis.
necesse est vt predictē rationes supponant heredita-
tem manere etiam post aditionē, imo et post apre-
sam possessionē serui hereditarij per quem velit
heres ceteras res possideri. nam hereditas per
aditionē non desinit esse hereditas, aut si desi-
neret esse postquam, precedente aditione seruus
hereditarius possessus est. si in his casibus non
essent hereditaria omnia bona que ante adi-
tionē fuerant nec seruus contineretur in here-
ditate que tunc non esset, nec esset causa sue
causē hereditatis nempe iam extinctē. que
fuit ratio Castrensis Duareni et Vallentię. ne-
que seruus adquisitus heredi esset vna res cū
alijs rebus vt supponit Zarius in ratione su-
pra relata =

17 Quare vt omnibus difficultatibus obiam
camus constituendū est per seruū hereditariū ante
aditionē nihil hereditariū adquiri posse. Deinde
neque post aditionē id posse fieri vt supra osten-
dimus. et denique idem dicendū quamuis post
aditionē factē heres fuerit in possessione serui,
qđ probatur ex d. lg. 38. §. fin. de acq. possess. a con-
trario sensu loquitur enim d. l. de exceptione
huius regulę, et loquitur de seruo possesso ab herede
ibi heredi eius eum tradiderit, et infra ibi: et he-
res eum accepisset, per quem ideo ait JC. res
hereditarias possideri posse, quia non iure here-
ditario ad heredem peruenerit: ergo infertur per
eundē seruum possessū, nihil hereditariū adqui-
ri posse si iē ad heredem iure hereditario per-
uenisset. hoc idem confirmatur argumento a contr.

sensu ex lg. 48. eod. ubi proponitur exceptio in servis donatis possessis iuncto d. §. 16. quatenus loquitur de eadem except. nam si exceptio in servis donatis procedit post adquisitam unius servi possessionem in eodem casu accipienda est veterem regula ut exceptio de regula sit. Denique id probatur nam d. veterem regula procedit de adquirenda possessione negans etiam per servum hereditarium posse res hereditarias possideri ut ostendimus supra n. sed si loqueretur de servo non dum possesso nihil speciale esset in eo q. esset nec ne hereditarius nam per servum non possessum nihil sive hereditarium, sive non hereditarium possideri potest. lg. 21. de adq. rer. dom. ibi nec meo servi q. servum non possideo. lg. 1. §. 6. de adq. posses. ibi sed nec vero domino aut sibi adquirit qui ab alio possidetur. Vall. lib. 1. tract. 2. cap. 4. n. 16. Bachov. d. th. 3. lit. D. in d. §. sed ex adverso in pri.o ubi id probat ex d. lg. 1. §. 15.—

8 Ratio ergo huius veterem regulae ea est quia hereditas post aditionem imo et post apprehensionem possessionem manet, qd constat ex dict. cap. 1. ex n. 21. et supponere videntur Castrensis Zasius Duarenus Vallentia et Bachov. in locis supra relatis ita que cum hereditas sit ante aditionem post aditionem et adhuc post apprehensiam possessionem, et dum hereditas manet res hereditariae se habeant per modum unius infertur per servum hereditarium cum adhuc hereditarij servi qualitatem habeat, etiam si possessus sit ab herede n. posse adquiri possessionem dominium ve aliarum rerum hereditariarum. ne sit causa sue causae ut aiebat

Castrensis, quæ sequitur Duarenus et Vallentia: aut ne hæreditariæ res quæ idæ sunt eæ servo itidæ hæreditario per se adquirerentur, et sic efficeretur ut una eademque res esset agens et patiens, quæ fuit ratio Zasij in d. §. veteres. Sed quia hæc doctrina difficilis est ideo eam singulis casibus in quibus veterum regula viget adaptare curabo: et in primis ante aditam hæreditatem, ideo per servum hæreditarium neque hæreditas ipsa neque res hæreditariæ adquiri possunt, quia est servus alienus respectu hæredis et per servum alienum adquiri nihil potest: hic enim casus extra regulam est, aut saltim extra rationem regulæ, ut iam diximus n. 4. est enim extra regulæ rationem imo extra regulam, nam ea sublata adhuc non posset hæres per servum tunc alienum adquirere: sed potest sub regula contineri quatenus ex eius ratione probatur cum hæreditas tunc sit res continens res hæreditarias per modum unius itaque repugnat per unam aliam adquiri cum nulla res respectu alterius sit alia. sicut repugnat idem per idem adquirere.

9 Post aditionem itidem certum est hæredem non posse per servum hæreditarium dominium, aut possessionem alterius rei hæreditariæ quærere. quia adhuc manet hæreditas, et adhuc res hæreditariæ per modum unius habentur, quare nequit idem per idem adquirere alias agens, et patiens: instrumentum adquisitionis et res adquisita non distinguerentur quod esset absurdum. postquam hæres adita

hęreditate apprehendit possessionę vnius servi idę dicendū ex eadę ratione. ex quibus patet ratio obquam regula veterū limitąda sit in rebus donatis emptis aut legatis quod ideo fit nępe quia plures res donatę emptę aut legatę non se habęt per modū vnius, et ideo vno ex servis donatis adquisito possunt per eū cęteri adquiri, et sic de alijs. d. §. veteres. lg. 48. eod. hinc fit vt si servus factus fuerit hęredis ex alia causa non hęreditaria, vel in totū vel pro parte possit hęres per eū res hęreditarias adquirere. d. §. 16. cum duob. seq. hinc etiam fit vt si fuisset extra dominiū et possessionę testatoris ipsi tamen debitus, dummodo hęres eum adquisierit possit per eum res hęreditarias adquirere vt dicitr in d. lg. 38. §. fin. de adq. poss. nempe quia servus testatori debitus non est hęreditarius, sed dūtaxat actio personalis adeum petendū hęreditaria est, cum ergo non sit hęreditarius non est idem cum alijs rebus et ideo nulla est repugnantia in adquirendis per eū rebus hęreditarijs deffiiciente nimirū ratione identitatis cum alijs. =

10 Sed oppones: per aditionę hęredem fieri dominū rerū omniū hęreditariarū. lg. 23. de adq. poss. lg. 37. de adq. hęred. lg. 59. de R. J. lg. 12. et 3. de bon. poss. lg. 62. in prīo ad S.C. Treb. lg. 24. de V. S. lg. 62. de R. J. et omnia hęreditaria bona ex tunc fieri patrimoniū hęredis. ex quibus 1º. deducitr hęreditatem aditam hęreditatę non esse, et post aditionę non amplius res haberi per modum

vnius ex quo corruit suppositũ rationis assignatę. 2.º ex his deduces hęredẽ esse dominũ, adita hęreditate omniũ rerũ et ideo fieri non posse, vt eorũ dominiũ per servũ adquirere velit. quare prędicta regula non videtr procedere de adquirendo dominio rerũ hęreditariũ cum res iam sint adquisitę per solã aditionẽ. Respondeo per aditionem nec hęreditatẽ extingui, nec hęredẽ fieri dominũ adęquate omniũ rerũ hęreditariarũ, q.d hęreditas non extinguatr ostendimus cap. 1. ex n. 24. vbi ibidẽ aliqua diximus ex quibus etiã probatr, hęredem per solã aditionẽ non fieri dominum rerũ hęreditariarũ sed quia ab his dependet veritas assignatę rationis ideo ex professo de solutę agendum erit.=

11 Et in primis supponẽdũ est aditionem non esse adquisitionẽ (idẽ ex eadẽ ratione de gestione pro hęrede dicendũ est) sed dũtaxat pręrrequisitum adquisitionis vt notat et recte Cherius lib. 1. interp. q. 12. n. 9. seu causa (nempe remota) ex qua adquisitio sequitr, q.d probatr ex lg. 23. in pño de adq. possess. ibi adita hęreditate, iuncto q.d ablatiuus absolutus vel facit conditionẽ vel denotat pręrrequisitũ vt diximus de mutuo cap. n. hoc requisito posito hęres non statĩ sit dominus iure naturali sed preparatus extat ad id capiendũ. verũ est hęredem posita aditione statim adquirere omnia iura defuncti possessione excepta vt constat ex d. lg. 23. et ideo dominiũ adquirere: attamẽ adquirit dominiũ q.d ciuile vocant interpretes vt tigta

Iason in lg. Pomponius §. pen. n. 11. ff. de adq. possess. et in lg. 1. n. 13. C. de serv. fugitiv. Costa in lg. Gallus. §. et quid si tantu 2. p. n. 176. Barbosa in rubr. de solut. matr. 4. p. ex n. 19. Pinellus lib. 2. select. cap. 9. n. 27. non tamen adquirit dominiu naturale vsque dum id per occupationē singularū rerū capiat Barbosa et Pinellus d. locis. quod ita concipiendū est: heres adeundo induit personā defuncti ita vt vterque pro vnius personē vice fungantur; nam hereditas fungitur vice personē defuncti. lg. 34. lg. 61. de adq. rer. dom. et heres fungitur vice vnius personē cū hereditate. lg. 22. de vsucap. q° vice personē defuncti sicut hereditas, et eatenus dicitur successor in vniversū ius defuncti: ex hac representatione iure civili inducto sequitur heredem habere omnia iura defuncti quatenus representat defunctū ita vt non ea habeat per solā aditionē ex persona sua seclusa qualitate heredis, sed precisse vt heres ex persona defuncti, et quia hec a iure civili inuencta sunt, ideo dicitur hoc dominiu civile, non naturale. =

12. Quod heres per solā aditionē non possit habere dominiū naturale probatur ex lg. 1. §. 1. de adq. possess. lg. 9. §. 3. lg. 20. in pr.io de adq. rer. dom. nec iure gentium vt d. l. 9. §. 3. lg. 20. C. de pactis lg. 12. C. de rei vind. §. per traditionē 40. de rer. divis. ex quibus constat sine possessione non transferri ~~dominiū~~ nam traditio in his legitur traditio possessionis est. lg. 3. de act. empti. lg. 28. de C. O. Valentia lib. 1. tr. 2. cap. 4. ex n. 5. habet enim dominiū legale, seu ex lege. vt constat ex fragm. Vlp. tit. 19. §. 17. sed

dices cum Vallentia et alijs. Adquisitione ex lege factam producere verum dominium et ideo ab Vlpiano legem inter causas adquirendi dominij connumerari. ita Vallentia d. cap. n. 10. sed contra hanc solutione facit quod licet dominium possit lege transferri non ideo erit dominium naturale, aut gentium defficiente possessione sed dumtaxat erit dominium ciuile seu legale inter quae non nulla extat differentia saltim atenta subtilitate iuris, vt cap. sequenti ostendam n. et vt patet ex dict. §. veteres etenim cum per solam aditionem heres non fiat dominus iure ciuili ideo dubitari potuit an per servum hereditarium posset adquirere dominium rerum hereditariarum post aditionem quod minime dubitari poterat si dominium ciuile et naturale heres tunc haberet, imo si non aliquid aderet dominium naturale supra dominium ciuile si enim heres per aditionem omne dominium in rebus hereditarijs haberet regula veterum quatenus negat id per servum hereditarium adquiri posse esset de subiecto non supponente seu de supposito falso.=

13 Ex quibus respondetur ad ll. quae probant heredem per solam aditionem fieri dominum, vt dicta in l. 9. §. 1. de iur. dot. l. 80. de leg. 2. hoc procedere respectu dominij ciuilis, non vero respectu dominij naturalis quod non adquirit antequam possideat. eodem modo respondetur l. 37. de adq. hered. l. 23. in princ. de adq. possess. l. 62. in princ. ad Trebel. l. 1. 2. et 3. de bonor. possess. quatenus probant heredem aditione facta in omnia iura excepta possessione succedere. quo faciunt l. 24. de V. S. et 62. de R. I. quae omnes procedunt de dominio ciuili

et civili adquisitione. eodẽ sensu dicitr bona defuncti post aditionẽ fieri patrimoniũ hæredis. §. 1. instit. de hæred. qualit. et differentia. neque obstat, q͠d hæredi post aditionẽ detr rei vindicatio. lg. 50. §. 1. de rei vindicat. lg. 2. in fin. ff. expilatæ hæreditatis; nam ideo est quia hæc actio non solum competit domino naturali, sed etiam civili. lg. 23. in prĩo de rei vind. Dices tt.ʒ est iuris gentiũ ex d. cap. 2. ex quo infertr adquisitionẽ ex testamẽto etiam iuris gentium esse: ẽrgo dominiũ q͠d hæredi per aditionẽ adquiritr eiusdẽ iuris est. Respondetr tt.ʒ ex iure gentiũ ortum esse eodẽ iure atqʒ causam adquirendi dominij, attamẽ causa remota sicut sunt contractus, nam de iure gentiũ hæres adquireret dominiũ occupando et possidẽdo propter ius sibi ex testamento concessũ et ideo q͠d per solam aditionẽ hæres fiat dominus, est inventum à iure civili, vt expresse constat ex fragment. Vlp. tit. 19. §. 17. iuncta lg. 80. de leg. 2. et hinc notandũ est. defunctũ habitu retinere dominiũ naturale et civile vsque ad aditionẽ; posteam transire dominiũ ad hæredẽ quatenus hæres fit dominus de iure civili per aditionẽ. neque obstat l. hæredẽ 59. de R. I. quæ ait hæredẽ eiusdem potestatis iurisque esse cuius fuerit defunctus. nam vel potest id accipi quoad repræsentationẽ quatenus vt hæres non potest pluquam defunctus cuius personam repræsentat. vel potius accipienda est de casu acceptæ possessionis quo casu idẽ dominiũ (quamvis diverso modo actuali nempe) habet, ac defunctus. vide de hac quæst.

cp. 1. ex n. 21. =

14 Sed ex dictis insurges contra expositionem d. lg. 1. §. 16. de adq. possess. et dices quamuis per aditione hereditatis dytaxat adquiratur dominium ciuile; postquam heres apprehenderit possessione serui hereditarij iam fit dominus iure naturali illius serui, et que habet in patrimonio: ergo ille seruus penitus ammitit qualitate serui hereditarij: ergo est res distincta ab alijs rebus hereditarijs non possessis: ergo nihil impedit quominus per eum ac per quemlibet alium seruum proprium heredis possit adquiri possessio dominium de naturale aliarum rerum hereditariarum. Respondetur seruum possessum post aditam hereditatem esse in dominio et possessione heredis iure naturali, non tamen penitus ammitere conceptum serui hereditarij, quare recte in eo statu hereditarius appellatur. non ammitit penitus qualitate serui hereditarij, et ita senserunt veteres in d. regula que alias falsa esset et sine ratione procederet. est quidem adhuc hereditarius, quia adhuc est hereditas vt constat ex d. §. 16. et ostendimus cp. 1. ex n. 21. quibus addere libet hanc rationem: heres succedit in ius defuncti lg. 23. princ. de adq. possess. ita vt non plus possit quam testator ferè in omnibus, et tamquam heres. d. lg. 59. de R. J. et succedit in commoda incommoda. lg. 1. 2. et 3. in pr. de bonor. possess. nec potest plus iuris habere quia poterit defunctus plus transferre quam habuerit. lg. 54. de R. J. lg. 1. §. 15. si is qui tto. liber esse. cum ergo non potuerit testator in vita sua rem suam per

per servu suę adquirere, et hęres eius post apprehensionem possessionę servi hęreditarij repręsentet testatorem, nec plus possit quam testator posset ideo veteres existimaverunt hęredę non posse adquirere possessionę aut dominiu rerum hęreditariarum per servum hęreditariu etiam si eum possideret. sed dices: testator poterat adquirere possessionem rei suę per servum suum: ergo etiam hęres poterit adquirere sibi deficientę possessionę reru hęreditariaru. Respondeo constituendo id quod constat ex pręcedentibus capitibus nempe defunctu testatorem retinere dominiu et possessionę usque dum hęres ea adquirat itaque post aditionę adhuc defunctus retinet possessionę reru ab hęrede nondu possessaru ex quo fit ut si ponimus casu quo hęres adita hęreditate aprehenderit possessionę servi hęreditarij, non vero possessionę aliaru reru m̄, tunc hęres possideat servum defunctus vero alias res hęreditarias. cum ergo defunctus et hęres pro una persona habeantur visum fuit veteribus JC.tis hęredem non posse per servum hęreditariu possidere res a defuncto possessas, quia est una persona cum defuncto: sicut ipse defunctus in vita sua n̄ posset per unum servu possessu alias res possessas possidere. itaque propter hanc identitatę inter defunctu et hęredę videtur dicendu hęredem haberi pro possessore etiam in rebus possessis a defuncto seu servum hęreditariu ab hęrede possessu, et res hęreditarias possessas a defuncto videri eiusdem possessoris dominique esse ut una per aliam non posit adquiri. si hęc plus subtilitatis quę veritatis habere videantur, aliam solidiorem

solutionem præstando poterit quis nostram displicere: nec absurdum est, ut inquit Bachov. d. lit. B. S. sed ex adverso, si inter multas alias iuris antiqui angustias et subtilitates hanc remansisse dicamus. cum et ipse JC. Paulus in d. l. 1. de adq. possess. et cæteri JC. in ll. concordantibus. nullam huius veteris regulæ rationem proposuerit. sed videamus an aliqua possint inveniri ex quibus hæc doctrina fulciatur. non nulla capite sequenti tradetur. sed nunc ex illa difficili controversia: an titulus pro hærede sit habilis ut sine alio possit usucapere hæres, præcedentem doctrinam examinare curabimus. ==

15 Adeo stricta est repræsentatio defuncti ut non possit hæres aliter usucapere res hæreditarias seu quæ in hæreditate inveniuntur nisi ut successor et quatenus repræsentans personam defuncti, quod breviter ostendam. sed ad id supponendum est usucapionem exigere bonam fidem iustum titulum et continuam possessionem. seu ut apertius procedamus quinque desiderari. nempe possessionem, titulum, bonam fidem, tempus et integram rei conditionem ut docet Vinn. in d. rubr. de usucap. pro empt. n. 5. et omnes ad tit. D. C. et inst. de usucap. bona fides semper exigitur dum primum incipit usucapiendi conditio hoc est, dum accipitur possessio quæ usucapionem pariat, quod est commune omnibus causis et titulis usucapiendi. nec antea exigitur bona fides excepta causa, seu titulo pro emptore excepto, ubi requiritur

bona fides tempore traditionis, sicut in alijs, et vlterius singulariter exigitur bona fides tempore contractus. lg. 2. in pr. pro empt. lg. 48. seu pen. pro soluto. lg. 11. §. vlt. de public. lg. 4. et vlt. pro leg. Asin in d. rubr. n. 298. Deinde circa titulum notandum est illud non esse habilem ad vsucapiendum quod in alijs terminis et ex natura sua non sit habilis ad transferendum dominium. nam hoc est perpetuum in iure vt ille titulus ex quo tradente domino, qui transferre posset, dominium adquireretur accipienti; producat vsucapiendi conditionem si a non domino res tradatur et possideatur. requiritur tamen vt titulus vere interueniat hoc est vt emptio de facto sit celebrata a non domino et sic de alijs titulis; nam error falsae causae vsucapionem non parit. §. error instit. de vsucap. itaque vsucapio non procedit neque ex errore iuris interueniente. lg. 8. de iur. et facti ignorantia. lg. 2. §. si a pupilo pro emptore Donell. lib. 5. cap. 15. Asin d. rubr. n. 311. neque error causae sufficit d. §. error. 6. Asin. n. 314. sed prodest ad vsucapiendum error facti. lg. 2. §. si a furioso pro emptore, vbi non obstat quod dicatur publicianam non competere quod intelligendum de rigore iuris, vt vult Asin n. 312. vel explicandum cum Donello et Ossuatoo lib. 20. cap. 8. lit. 4. prodest etiam error qui ab alieno facto dependet lg. fin. §. fin. pro suo. lg. 11. pro emptore Asin n. 313. qui ex d. n. 298. optime defendit, in eo differre vsucapionem pro emptore ab alijs titulis quod haec non procedat ex errore falsae causae etiam admixto titulo pro soluto, quia cum requiratur

bonę fidem tempore contractus quam habere non potest ex concomitantia tituli pro soluto inde est vt non possit vsucapi pro emptore emptione deficiente quamvis in alijs titulis error falsę causę ex titulo pro soluto prosit ad vsucapiendum q.a sufficit bona fides tempore traditionis quę ex titulo pro soluto haberi potest. non tamę negat Arin ex errore prouemiente ab alterius facto vsucapi posse pro emptore iuxta lg. 11. pro emptore, nam constituit differentię inter errorę ex. facto alieno prouenientę et ex. falsa causa tęty octo ipsy videas.=

16 His breuiter suppositis sit nostra conclusio: titulų pro hęrede non esse sufficientę, vt hęres possit incipere vsucapionę a se ipso, siue eum consideres vt hęres, siue vt priuata persona. lg. 1. et fin. Cod. de vsuc. pro hęrede. lg. fin. Cod. com. de vsucap. lg. 11. D. de diuers. et tempor. ita Gofredus in lg. fundo 1. ad lg. falcid. ex n. 6. et ideo quamuis bona fide et titulo pro hęrede incipiat possidere q.d defunctus sine titulo penes se habebat. vg. rem locatę, aut precario concessę non potest vsucapere neque ex persona sua d. lg. 11. de diuers. et temp. neque ex persona defuncti q.a defunctus non poterat sine titulo vsucapere. multo minus potest vsucapere hęres rem quam mala fide acceperat defunctus: etiam si vellit a se incipere vsucapionis tempus computare. lg. 4. §. hęres 15. de vsucap. §. diutina 12. inst. eod. Valent. lib. 1. tract. 3. cp. 4. n. 17. in qua valde differt successor vniuersalis vt hęres seu bonorų possessor a successore particulari vti sunt legatarius emptor donatarius. nam successor vniuersalis duntaxat vsucapit ex persona defuncti

ita si defunctus non poterat nec ipse possit et e-
contra quamuis ipse non posset ex persona sua
vsucapere, quia accipit rem quę in hęreditate erat
et quam defunctus vsucapiebat accipit mala fide po-
test vsucapere quim mala fides propria ei noceat
lg. 7. §. in hac act. 12. de public. d. §. 12. inst. de
vsucap. lg. 2. §. 19. pro emptore. lg. 43. in fine de vsu-
cap. et hoc quia nec defuncto si viueret superueniens
mala fides damnosa foret. lg. 48. §. 1. de adq.
rer. dom. in successoribus particularibus aliter obseruatr
nam hi possunt a se incipiendo vsucapere quod antece-
ssor non poterat propter malą fidę, dummodo vi-
tium non sit in re ipsa. lg. 13. §. 1. et fin. de adq.
possess lg. vitij §. de diuers. et temp. et econtra
quamuis antecessor fuisset in bona fide si ipsi
mala fide possessionę accipiant vsucapere non
possunt. lg. 2. §. si eam 17. pro emptore. Vallent.
d. cp. 1. n. 18. 19. et 20. ex qua differentia optime
roboratr ratio decidendi supra tradita ad lg. 1. §.
16. de adq. possess.

17 Sed id quod de hęrede diximus; dytaxat posse
vsucapere quatenus repręsentat defunctu, et casu quo
defunctus posset. prima temperądu est, vt pręfata
doctrina vera sit si defunctus vsucapere non poterat
propter vitiu personale, nempe propter solą malą
fidę quo casu hęres et si boną fidę habeat nequit
vsucapere, vt constat ex dictis, at vero si defunctus
non posset vsucapere rem quam afectione dominij
habebat, et hoc propter vitiu reale veluti si fur-
tiua, aut vi possessa illa res esset, tunc purgato
vitio potest hęres vsucapere. lg. vbi 24. §. 1. de

usucap. ratio quia etiā ipse defunctus poterat id facere purgato vitio §. aliq.do 8. instit. de usucap. ratio differentiæ inter vitiū reale et personale consistit in eo q.d hæres repræsentās personā defuncti non potest nō succedere in vitia personalia, at vero ex ea repræsentatione non infertr hæredē succedere in vitia realia quæ non se tenēt ex parte defuncti, sed solū ex parte rei. et quamuis dum illud vitium adest non possit hæres usucapere hoc prouenit præcise q.a lex inhibet usucapionē d. lg. 24. in pūo §. furtiuæ inst. de usucap. 2.o id reperādū est iuxta lg. hæres eius 43. de usucap. pro cuius intelligentia sciendum est hæredem a se non posse incipere usucapionē ex solo titulo pro hærede ut constat ex dict. n. 16. in pūo posse tamē a se inchoare usucapionē si defunctus habebat titulū quamuis usucapere non incepisset. vg. defunctus defunctus emerat rem â non domino bona fide, et decesserat antequam res ei traderetr. in hoc casu hæres incipit usucapere ex eo tempore in quo possidere, ex titulo pro emptore. d. lg. 43. similiter incipit usucapere in casu quo fur vendidisset rē furtiuā testatori is que rem furatā bona fide accepisset quo casu testator non incipit usucapere donec vitiū furtiuitatis purgatū sit d. §. furtiuæ. inst. de usucap. et ideo si vitiū per totam vitā testatoris permansisset certum est testatorē non incepisse usucapionē. pone ergo vitiū purgatū fuisse antequā hæres accepisset possessionē illius rei. in hoc casu a se incipit usucapionem. d lg. 24. §. 1. de usucap. incipit tamen non ex solo titulo pro hærede, sed ex titulo pro emptore quē testator habebat, seu quo

testator possidebat. in his ergo casibus in quibus hæres incipit usucapionem requiritur ut bona fide possidere incipiat. d. lg. 43. ibi hæres eius qui bona fide rem emit usu non capiet sciens alienam si modo ipsi possessio tradita sit. idest si ipsi primo a venditore possessio tradita sit. aliud dicendum erit si a defuncto inchoata fuisset usucapio quo casu hæres eam perficit et si mala fide possessionem accipiat. d. lg. 43. ibi continuatione vero non impedietur hæredis scientia. ratio differentiæ consistit in eo: usucapio de iure civili non impeditur quamuis quamuis post eam inceptam superueniat mala fides. lg. 48. §. in contrarium de adq. rer. dom. et ideo si testator inceperat usucapionem et hæres eam prosequitur non obest mala fides sicut in una eademque persona non obesset superuenientia malæ fidei. et ideo dicitur in d. lg. 43. continuationem non impediri hæredis scientia seu mala fide. e contra quando usucapio inchoatur in hærede, exigitur bona fides. quæ semper exigitur tempore incipit usucapio. lg. 2. in fine principij ff. pro emptore ut diximus n. 15=

18 Sed ex his insurgere potest argumentum non leve aduersus assertionem supra positam in qua tenemus titulum pro hærede per se solum non sufficere ad usucapionem. nam videtur sufficiens ex eo quod dentur casus in quibus hæres usucapiat quod defunctus usucapere non poterat, ut in d. lg. 24. et maxime ex eo quod hæres a se possit inchoare usucapionem. sed ut hæc remoueantur notandum est. titulum pro hærede non sufficere per se solum ad usucapiendum se cum alio vero titulo sufficere. et ad continuandam usucapionem et ad eam incipiendam. nam si defunctus usucapere

cœperat, et hæres continuando eadem usucapionem perficiat procedit usucapio ex titulo ex quo defunctus usucapere cœperat, et tunc titulus pro hærede dumtaxat prodest adhoc ut ex illo titulo præcedenti hæres hæres prosequatur usucapionem, ut successor illius, qui ex vero titulo usucapere cœperat. Sin autem defunctus non inchoasset usucapionem ut in casibus n. præc. positis, et ea ab hærede incipiat ut in casu d. lg. 21. §. 1. et 43. de usucap. non ideo procedit ex titulo pro hærede, sed ex titulo quem habebat defunctus. ut in d. lg. 43. ex titulo emptionis. in d. lg. 24. §. 1. ex eodem vel alio titulo habili. in quem titulum testatori quæsitum succedit hæres. et addendo id quod defficit perficit usucapionem ex titulo nempe testatoris, incipit usucapio ex titulo pro hæredi continuatur quia titulus pro hærede dumtaxat prodest ad continuationem seu perfectionem; nam ut optime notat Bachov. in tract. de actionibus disp. th. titulus pro hærede totum dicit successionem. ex quo iterum confirmo conclusionem nostram. nam natura veri tituli est ut sit causa habilis acquirendi dominij sed titulus pro hærede seu hæredis ius dumtaxat est habile ad adquirendum id quod fuisset defuncti: ergo non est habilis ad usucapiendum id ad cuius usucapionem nullum ius defunctus habebat. Denique id confirmo. quia petitio hæreditatis non datur contra titulo posidentem. lg. hæreditas. 7. C. de petit. hæred. D. Covarr. pract. cap. 12. n. 2. et tamen datur contra posidentem pro hærede. d. lg. 7. lg. 9. lg. 10. et 11. lg. 13. §. 3. de petit. hæred. ergo quia non est titulus sufficiens. ita Donell. in tit. C. quor. bonor. n. 7. ubi etiam probat dicenda n. 20. =

19 Sed his obstant. 1. quod alias tituli ff. et Cod. pro hærede non recte colocarentur inter titulos usucap.di

Respondetur. non recte collocari si titulus pro herede nihil prodesset ad usucapionem. atamen cum utilis sit ad continuandam usucapionem oportebat de eo separatim agere ut de eius effectu liqueret. eius tamen natura in d. titulis exprimitur, et quod non sit sufficiens ad usucapionem docemur in d. leg. 1. et ult. C. pro herede. Obijcitur §. sed tamen 4. instit. de usucap. ubi dicitur heredem posse praestare alteri titulum: ergo quia ipse titulum habet. Respondetur heredem vendendo rem hereditariam bona fide praestare alteri titulum sed ex nova causa nam ille alter usucapiet pro emptore quem titulum non habebat heres, nec inde sequitur heredem dare quod non habebat heres; nec inde sequitur heredem dare quod non habeat. non enim dat heres titulum pro emptore sed ponit ex persona sua terminos habiles ut titulus pro emptore resultet. sicut qui manumittit servum dicitur dare ei libertatem quam non habet ex eo quod ponit requisita ut servo competat libertas. obstat quod heres uti potest publiciana leg. 7. §. 2. leg. 12. §. 1. de public. sed haec actio competit ei qui est in conditione usucapiendi. §. 4. inst. de act. ergo heres hanc conditionem habet. Respondetur publicianam competere heredi propter conditionem usucapiendi in qua erat defunctus, et ideo nullam vim in argumento esse, et quod totum sub respectu continuationis detur heredi publiciana probatur ab argumento d. leg. 11. §. 12. de public. =

20 Magis obstant l. 3. §. 4. de adq. possess. leg. 33. §. 1. versiculo hoc amplius de usucap. in quibus docetur dari possessionem ex solo titulo pro herede. sed respondet Gofred. in d. leg. 4. ad leg. Falcid. dari possessionem ex solo titulo pro herede atamen usucapionem

ex eo solo non dari. quia diuersa sunt hęc usucapere pro hęrede et possidere pro hęrede. lg. 2. §. 1. ff. pro empt. et constat ex d. lg. 3. §. 4. ubi dicitur etiam post adquisitum dominium possideri pro emptore et constat tamen tunc pro emptore non usucapi sicut e contra quod usucapi non potest pro emptore, possideri pro emptore. d. lg. 2. §. 1. pro emptore quia separatę sunt causę possessionis et proprietatis = nunc uero pręcipuum fundamentum contrarię sententię nempe l. 3. ff. pro hęrede respondere oportet. ubi dicitur hęredem posse incipere usucapionem rei in hęreditate inuentę ex eo quod putet hęreditarię esse: ergo quia titulus pro hęrede per se solus sufficiens est. Respondetur hinc non usucapi ex titulo pro hęrede, sed ex iusto errore, hoc est ex eo quod dum hęres possidet pro hęrede rem hęreditarię iusto errore ductus ut crederet a defuncto legitime adquisitum tunc ille titulus putatibus sufficit ad usucapiendum, quę solutio ad unguem confirmatur ex lg. fin. §. fin. pro suo. inde infertur usucapi pro hęrede sed usucapi ex iusto errore, seu ex titulo putatiuo quem iuste credit hęres defunctum habuisse ut si iusto errore credat defunctum emisse d. §. fin. ibi enim ęquiparantur casus hęredis, et casus quo error originem habuit a seruo tradente rem ut sibi donatum, uel a se emptum. in quibus solus putatibus titulus sufficiat. lg. 11. pro emptore. et ideo idem dicendum est de hęrede. ita Gofred. in d. lg. 4. sed dices hęres iusti erroris causam fere semper habet: ergo inutilis questio est an pro hęrede tantum usucapiat. Respondetur hęredem usucapere ex iusto errore et iusti erroris causam frequentius habere posse quam ex alijs titulis competat, sed

causã huius erroris non ideo hæredẽ habere quia hæres est. sed vlterius exigi vt putet ex iusta causa testatorẽ legitime rẽ adquisiuisse, determinando titulũ. v.g. emisse rem. eam ve ei donatã fuisse et sic de cæteris. ratio est. q.a iustus error non est qui à persona errante originẽ habet, et ideo n̄ vsucapit, qui putat se emisse cum n̄ emerit. §. error instit. de vsucap. sed ille qui ab alterius facto dicto ve oritr ille est iustus error. d. lg. fin. §. fin. pro suo d. lg. 11. pro empt. et constat ex rat.e decidendi in d. §. fin. ibi in alieni facti cum ergo hæc ratio sit vniuersalis ad casus ibi positus hæredis scilicet, et eius qui à seruo accepit necesse est vt ad vtrũque casũ adaptetr. et ideo dicẽdum hæredem non habere iustũ errorẽ ex eo quod rem in hæreditate inueniat nisi ab alia persona decipiatr. ex quibus apparet hæredẽ posse perficere vsucapiõnẽ captã à defuncto titulo pro hærede. et hoc quamuis mala. fide accipiat possessionem. sed eum non posse sine bona fide vsucapiõnẽ inchoare. neque ex iusto errore in casu proposito. neque si defunctus titulũ habuisset vt in casu lg. 24. §. 1. et lg. 43. de vsucap. iuncta n. d. 17. et 18.

21 Notare tamẽ oportet sine titulo pro hærede non posse vsucapi pro hærede in casibus supra enumeratis, nẽpe quamuis defunctus habuisset titulũ legitimũ, aut quamuis quis errorẽ facti alterius habuerit: veluti si e[illegible] qui institui non potest sit hæres institutus, nam in hoc casu non potest perficere vsucapiõnẽ inchoatã à defuncto. neque

ex titulo defuncti eam inchoare, neque ex errore facti alieni usucapionem incipere. lg. 2. et 4. ff. pro herede. et ideo ex vi bonis nihil usucapi potest. ideoque suis heredibus existentibus nihil pro herede usucapi potest ab alio. lg. 2. Cod. pro herede. sic intelligenda. sed an suus heres usucapere possit pro herede dubitatur. opinor tamen eos usucapere posse in eisdem casibus, in quibus alius heres posset, nam absurdum est plus extraneis, quam filijs tribuere. ita post Streitt. Bachov. vol. 2. disp. 22. th. 5. lit. h. nec obstat d. l. 2. C. pro herede nam aliud est suos heredes non posse usucapere quod ibi non negatur. aliud non posse usucapi suis existentibus quod ibi asseritur. non obstat quod vivo patre domini censeantur: nam hoc dato adhuc erit necessaria usucapio cum filij ad summum solum possint censeri domini earum rerum quarum dominium habet pater quod de rebus usucapiendis dici non potest. obst. l. 2. §. ult. ff. pro herede. sed respondetur filium non posse usucapere pro herede res sibi a patre donatas quia non potest iuste eas habere ut hereditarias. cum prius eas habuerit ut donatas, et nemini liceat causam mutare. d. lg. 2. §. 1. et ideo dicitur servum hoc negasse, quia existimabat naturalem possessionem penes filium fuisse vivo patre quod accipiendum est quoad res donatas, quia non solum pater eas donaverat, sed etiam tradiderat filijs; ideoque mutare sibi causam possessionis non possunt. sed vel usucapere debent pro donato, vel ex nulla causa. male enim ex d. §. deducitur filium omnes res patris naturaliter ex vivo possidere cum opinio servii

restringenda sit ad casum rei donatæ et traditæ. et ideo etiam dicitur neque pro parte cohæredum (defficientium) filium usucapere pro hærede posse quia idem de parte ac de toto. l. ea quæ de rei vind. aliter d. §. fin. exponit Bachov. d. loc. lit. h. ubi ex Vaudo lib. 1. q. 4. notat d. l. 2. C. pro hærede quæ negat usucapi quidquam posse ab hærede extraneo existentibus hæredibus suis accipiendam esse de successione ab intestato, quia in successione ex testamento certum est cohæredem extraneum datum suo posse usucapere pro hærede in eisdem terminis in quibus posset si sui hæredes nulli existerent; nempe pro parte sua eodem modo, ac si extraneum cohæredem haberet.

22 Hoc quod de mala fide superveniente diximus verum est de iure civili Romanorum in quo mala fides superveniens post inchoatam usucapionem neque in una eademque persona neque in duabus quæ pro una haberentur necesse poterat, sed falsum de iure Canonico ex quo exigitur bona fides toto tempore usucapionis C. ult. de præscript. ubi communiter tradunt, et late examinant interpretes iuris canonici ubi ad propositum illa quæstio exagitatur, an hæres possit de iure canonico usucapere rem quam bona fide accepisset ex hæreditate, et eadem bona fide tempore à lege definito possedisset, aut saltim an id possit facere præscriptione 30. annorum de qua D. Covarrub. in cap. possessor p. 2. §. 9. D. Menchaca lib. 2. illustr. controv. cap. 27. n. 17. et quia huc potest pertinere quæstio illa an hæres possit plusquam testator dicendum est per se non posse per

accidens posse. sed de hac quæstione videas aliqua apud Bachor. ad Sreutt. vol. 2. disp. 12. th. 1. lit. A. S. imo hæredi ubi aliquibus objiciunculis quæ in contrarium moventur breviter satisfacit. =



De causa ob quam rei hereditariæ furtum non fiat, et de crimine expilatæ hereditatis.

CAP. X. ET VII.

1 Potest furtum definiri: rei alienæ dolo malo facta contrectatio. ita Freutl. vol. 2. disp. 30. thes. 1. eius tamen descriptionem præbent iura in lg. 1. §. 3. ff. de furtis et §. 1. inst. de oblig. quæ ex delicto. ubi furtum describitur: contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionis ve; quæ definitionem late explicant Richard. Harprechtus, et alij in d. §. 1. inst. Donell. lib. 15. comment. cp. 29. Clarus lib. 5. §. furtum cum alijs quas ipsi referunt. regnicolæ in exposit. lg. 1. tit. 14. part. 7. et Antonius Gomez tom. 3. cp. 5. ex n. 1. Dominus Covarrub. lib. 2. var. cp. 9. n. 7. a quibus plurima quæ ad hanc definitionem spectant, mutuanda sunt. nos tamen aliqua breviter prænotabimus, quæ proprius ad institutum nostrum pertinere videntur. et in primis notare libet, furtum sine contrectatione non fieri, ut constat ex ipsa definit. furti; ex qua infertur non fieri furtum rei immobilis. lg. 38. de usucap. lg. 57. de furtis: nec rei incorporalis C. dudum 54. de elect. Retes lib. 7. opusc. q. 2. in fin.: nisi accessoriæ, et in consequentiam rei corporalis mobilis ius incorporale contrectetur. infertur etiam sola cogitatione non fieri furtum (quod duntaxat procedit in foro externo C. si propterea 29. de pœnit. dist. 1.) neque obstat l. 6. de furtis verbo sæpe a contrario sensu inducto, nam referendum est ad illud verbum contrectando, ut sit sensus

quamvis sæpe contrectando, seu repetita contrectat.e nobis furtum fiat &c.= Vt explicat Osvald. ad Donell. d. lib. 15. cap. 22. lit. e. Sufficit tamen ad furtu ex hac parte constituendu si detur virtualis contrectatio, nam qui dolo malo opem contrectanti præstat, et ipse contrectare videtur, ministerio alterius. leg. 52. §. 19. de furtis. §. 11. instit. eod. leg. 66. §. 2. de furtis sic intelligenda. de ea tamen controversia an et consilio simul concurrentibus, an vero alterutro tantum præstito furtum fiat discutit Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 30. thes. 3. lit. D. vbi agit de intelligentia leg. 53. de V. S. et leg. 6. de cond. furtiua. Vinn. in §. 11. n. 1. Similiter ex virtuali contrectatione fit furtu in casu leg. 27. de furtis §. fin. cum quinque llg. sequent. ex quibus constat eum qui deleuit tabulas siue tt.i siue nominis furti teneri pro quantitatibus ibi contentis d. leg. 27. in princ.=

2 Quamvis absque contrectatione non fiat furtum, non sufficit contrectatio ad furtu nisi alia constitutiua concurrant, et ideo sine fraude non committitur. ideo que non fit furtu quando propter extremam necessitatem contrectatur res necessariæ leg. 2. §. cum eadem 7. ibidem agitatur ad leg. rho diam de iactu leg. 1. de bonis eorum. leg. 4. de lib. agnoscen. C. sicut 8. dist. 4. 47. Dom. Gonzalez in cap. 3. de furtis. ea enim est fraudulenta contrectatio quæ sine consensu domini animo furandi fit. leg. 15. de cond. causa data §. 7. instit. de obligat. quæ ex delicto, et ideo quamvis non credamus dominu consensurum fore non committimus furtu si animu fungdi

non habemus. lg. 52. §. 20. de furtis: sed dubium est an furtum fiat casu quo contrectetur res animo furandi ab invito domino, si in rei veritate dominus invitus non fuerit: in qua quæstione furtum committi tenemur cum Bachovio ad Treutl. d. disp. 30. th. 1. lit. l. licet actio furti non detur ut ibidem tenet Bachovius, et opinatur Cutteius in d. §. 1. inst. de oblig. quæ ex delicto. probatur hæc sententia ex eo quod contrariorum eadem debeat esse ratio qua propter cum furtum non detur ex contractatione invito domino facta, quando contrectans credit dominum non esse invitum: necessario sequitur furtum fieri licet dominus rei non sit invitus ex eo solum quod fur credat eum invitum fore. Deinde hæc sententia aperte comprobatur ex lg. inter omnes 46. §. per contrarium 8. de furtis ubi utrumque dicitur et furtum fieri, et furti effectum seu actionem non dari. neque obstat. §. sed et si 8. inst. de oblig. quæ ex delicto, quia accipiendus est de furto quoad effectum, sed quoad effectum furtum fieri in casu d. §. 8. probant, et exprimunt ea verba ibi: non solum furti actionem sed et servi corrupti &. sed respondetur quod voluntas domini in d. §. non fuit servi, qualem nos exigimus, sed simulata ut fur manifeste deprehenderetur. ut bene Vinn. in d. §. n. 2. = quo sensu non fit in hoc casu furtum. fit enim furtum quia dantur constitutiva furti; non fit quoad effectum quia defficit actio furti propter consensum domini, qui dum consentit remittere actionem videtur, et ideo in d. lg. 46. §. pen. dicitur huiusmodi furem non esse furti obligatum. nec novum est (inquit Bachovius) ut pro furto vere commisso actio furti non detur lg. 1. rer. amot. lg. 89. de furtis §. 12. instit. de obligat. quæ ex delicto =

Neque obstat l. 48. §. 2. de furtis ibi, quis enim volumtate domini habens fur dici potest quia in casu d. §. qui receperat servum nec contrectare volebat, nec existimabat dominum servi invitum fore, in vitus neque dominus erat, et ideo dicitur plusquam manifestum esse in hoc casu non fieri furtum cum neque in opinione neque in veritate dominus servi fuisset invitus. = neque obstat quod volenti non fiat fraus lg. ll. si quid in fraudem patroni. lg. 145. de R. J. et quod sine fraude furtum non fiat. nam respondetur volenti et consentienti nec fraudem fieri ut constat ex d. llg. nec iniuriam lg. 1. §. 5. de iniurijs. sed hęc dumtaxat procedunt respectu fraudati aut iniuriam passi, non vero respectu delinquentis qui fraudem committit et iniuriam facit quamvis alij consentiant; iniuriam enim et furtum facit consentientibus sive propositum, sive actum atendas; et ideo licet consentientes agere non possint poterit iudex ex officio agere et iniuriam furtum ve punire ut videtur velle Bachov. d. lit. l. quo facit Gofredus in lg. 42. de auct. tut. non obstat prędictę opinioni lg. 43. §. 5. de furtis ubi dicitur furtum non facere, qui rem vere derelictam animo furandi acceperat, nam ea decisio procedit ex eo quod ad furtum constituendum necessarium est, ut contrectetur res alienas, aut quę talis sit, ut in ea aliquid alienum inveniatur, ut statim dicemus: quare cum in re vere derelicta nihil alienum sit, inde evenit, ut sola existimatio subripientis quantumvis fraudulenta non sufficiat ad furtum constituendum arg. lg. fin. ff. ex plicatę hęred. diversum evenit in casu nostrę assertionis ubi res aliena supponitur contrectata lucrifaciendi gratia, ut proinde omnia constitutiva furti concurrant =

Denique non obstat q.º furty non detr nisi adsit persona cui fiat, quę persona in nostro casu non apparet, etenī ei qui consentit contrectationi non videtr posse fieri furty. nam huic difficultati respondetr in nostro casu adesse personam cui furtum fiat: nā licet ipse dominus non sit invitus est tamē dominus cuius consensy contrectans ignorabat, et ideo est persona cui furtum fiat. maxime dum in hac materia furti inviti dicantr omnes, qui non expressè consentiunt, quia non requiritr præcisse vt dominus rei sit invitus arg. lg. 5. de servit. præd. Vrb. lg. 33. de furtis. lg. 45. §. 5. de ritu nupt. =

c3 Vt contrectatio fraudulosa dicatr necesse est vt sit contrectatio rei simpliciter, aut secundy quid alienę vt docent Div. Thom. 2.ª 2.ę q. 66. art. 3. ad 3. cujacius lib. 21. observ. cp. 19. nam dum res non est omnino propria contrectantis, sequitr esse partim alienam quare rei non omnino propriæ fit furty licet dominus sit qui contrectat. lg. 15. §. sed eum qui lg. 53. de furtis, et a.º fortiori si sit partim in contrectantis dominio partim aliena. lg. 45. eod. sed vt hęc penitus percipiantr opus erit distinguere tres casus. 1. quando creditor contrectat rē alienā sibi debitam. 2.º quando contrectat rem suam. 3. q.do rem æquivalētē pro debito. in hoc vltimo casu (vt ab eo quia facilior eius resolutio est incipiamus) furtum semper committitur, quia verē est contrectari rē alienā, et vtique dolo malo, cum non liceat creditori æstimare rei debitę æquivalētiā Reutl. d. 2. vol. disp. 30. th. 1. lit. e. et ibi Bachov. v.º fur autem quamvis aliqui distētiāt vt Clarus §. furty n. 20. vi-

Videndus D. Covarr. var. cap. 2. n. 15. in alijs duobus casibus, nempe quando creditor contrectat rem suam, aut sibi debitam ita distinguendum est, vt si contrectet, seu auferat ab eo debitore, aut possessore, qui nullo iure potest defendi, aut non iuste retinere potest, tunc neutiquam furtum committat. lg. 14. §. 1. lg. 15. §. fin. lg. 55. de furtis neque obstat quod nemini liceat sibi ipsi iudicare lg. 13. ff. quod metus causa lg. 176. de R. I. lg. vnic. C. ne quis in sua causa. nam (vt acute respondet Bachov. d. loco) qui contra hanc regulam peccat, non ideo incidit in crimen furti, quamvis in alias penas incidere soleat, nisi iustissima ratione excuset. vt in edict. Marci d. lg. 13. quod metus causa, aut in crimine rapinae. lg. 3. de vi bonor. raptor. Donell. in lg. 3. C. de pignor. et alij apud Bachov. d. loco. E contra si creditor aufert rem suam, aut sibi debitam. ab eo qui iuste retinere poterat furtum vtique committit ratione possessionis, aut vsus quibus alter privatur iniuste. d. lg. 15. §. fin. de furtis. sed adversus predictam distinctionem insurgere quis posset hoc modo debitor semper et in vtroque ex his casibus iniuste privatur rei detentione. nam cum nemo possit iure compelli ad factum tradendi sequitur vt semper habeat ius retinendi, et ideo licet aliud ius non habeat ex hoc tamen capite recte contendet se iniuste fuisse expoliatum rei detentione. Respondetur (admisso quod nemo possit iure civili Romanorum compelli ad factum tradendi de quo passim agunt Doctores) quod et si debitor, nulla alia exceptione munitus, non possit compelli ad factum tradendi, nihilominus eum tradere debere iniuste quae retinere. siquidem ius, licet eum ad traditionem non compellat, non ei concedat retinendi ius, sed duntaxat eius

iniustam detentionem tolleret ne libertas infringi videatur =

4 Vlterius ad substantiam furti requiritur ut fraudulosa contrectatio lucrifaciendi gratia fiat. d. leg. 1. §. 3. de furtis. leg. 22. leg. 39. leg. 53. eod. leg. 21. §. 1. ff. de rer. amot. §. 1. inst. de furtis, nam defficiente animo lucrifaciendi vel erit locus actioni legis aquiliae. leg. 41. §. 1. ad leg. Aquil. vel actioni iniuriarum. d. leg. 53. de furtis. D. Oroz de apicib. lib. 2. cap. 13. n. 2. neque obstat l. 15. de condict. causa data quam opponit Retes d. cap. 2. n. 40. pro cuius legis expositione consulendus D. Oroz d. cap. 13. vide tamen Chesium lib. 2. interpret. cap. 4. nam in his duobus doctoribus ferè omnia quae huc pertinent et obstare possent exposita invenies. Constat enim opus esse ad furtum ut contrectatio lucrifaciendi gratia fiat, et dicitur gratia lucrifaciendi facta, contrectatio illa qua quis intendit lucrum capere vel ratione ipsius rei eam usurpare intendens quo ad proprietatem, vel ratione usus quando fur intendit usum rei lucrari; vel ratione possessionis si fur agat de capiendo lucro ex rei possessione. itaque illa verba d. leg. 1. de furtis et d. §. 1. instit. de oblig. quae ex delicto. verba (inquam) illa vel ipsius rei, usus possessionis ve eius non sunt referenda ad verbum contrectatio, quasi sit contrectatio rei usus possessionis ve; sed potius referri debent, ad verba lucrifaciendi gratia quasi dicerent iuxta praedicta, furtum esse contrectationem rei gratia lucrifaciendi ipsius rei usum, possessionem ve eius. alias verbum rei frustra bis repetitum esset in praedicta descriptione observat Chesius d. cap. 4. n. 14. ex quibus constat, quod et si fur

non possit auferre dominiu rei, nihilominus dicitur contrectare lucrifaciendi gratia ipsius rei, quatenus ex parte sua intendit dominu rei proprietate privare vt docet Cujac. lib. 26. quæst. Pap. in l. 1. de distract. pign. sed dum dicitur furtum fieri quando adest contrectatio facta animo lucrifaciendi ipsius rem vsu possessione ve eius procedit sermo respectu furis; nam respectu illius qui furtum patitur sufficit quod adsit interesse, hoc est quando sua intersit furtum non fieri vt constat ex l. 10. l. 11. l. 12. l. 14. §. 14. et 17. l. 66. l. 76. §. 1. l. 85. in fine de furtis l. 22. cod. eod. §. 13. inst. de obligat. quæ ex delicto nascuntur =

5 Constat furtum non fieri, et furti actionem non dari nisi ei cuius interest furtum factum non fuisse, nec sufficit quodcumque interesse, sed requiritur vt actu intersit dum contrectatio fit. l. 6. et 7. de furtis. l. 17. §. 1. eod. ibi quia hodie. l. 1. §. 1. si is qui tt.o liber esse. ibi quamvis postea l. 17. §. fin. de pigior. verb. optime ad rem tat. in l. 1. Cod. de noxal. et in §. furti 13. instit. de oblig. quæ ex delicto. tenet Paulus de Castro in d. l. 1. C. de noxal. Petrus Belinus de re militari to. p. tit. 2. n. 116. Chesius lib. 2. interp. cp. 6. n. 36. D. Atenao lib. 1. ot. 6. n. 3. 4. et 5. ratio est quia exigitur persona cui fiat furtum. l. 43. §. 5. de furtis. l. 1. §. 15. si is qui tt.o liber esse; et non potest dici persona cui fiat furtum nisi illa quæ aliquod interesse, aliquod ve ius in re habeat dum contrectatio fit. etenim vt furtum fiat necessarium est et copulari constitutiva furti, quorum vnum est interesse illius cui furtum fit. ideoque si de presenti tempore contrectationis non intersit alicui non fit

furty quia licet dentr alia constitutiva desficit interesse, et si post factq contrectationq superueniat mihi aliquod ius in re contrectata, et interesse incipiat. desficit contrectatio quq tunc non datr quamuis pscesserit, et ideo nuquam verificatr concurrere aliter posse constitutiva furti nisi detr interesse tempore contrectationis., neque obstat quod diximus furty fieri ei, qui invitus non est. nam aliud est dominum esse invitum, aliud qd eius non intersit nam quamuis invitus dominus non sit cum eius consensus lateat datr contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia facta. datr que ex parte illius interesse, qd patet nam ipse cui furty fit ex consensu suo remittit interesse: go constat illud habere, alias non posset remittere. sed dices dominus rei tacite consentiens contrectationi, antecedenter ad eam remittit interesse seu damny contrectationis: go dum contrectatio fit nully interesse versatr nully ve damny patitr. Respondetr. aut dominus remittit damni interesse post contrectationq factq, et tunc nequit eius remissio efficere quorminus furty antecedenter, ad ipsam factum non sit; aut Dominus remittit interesse ante contrectationq, et adhuc eius tacita et oculta remissio non tollit quorminus ex contrectatione furtum non fiat. nam remissio et ocultta condonatio, non potest habere vim donationis, quia illa volutas seu ocultta dominia permissio ad summny habere posset vim futura, et destinatq donationis, non vero donationis actualis et in summa nihil aliud est quam propority, seu destinatio permitendi rei suq contrectationq, quq destinatio non inducit remissionq damni, seu interesse: et ideo dum rei contrectatr ab eo qui

propositū domini nec scit, nec probabiliter sperat negari non potest interesse domini versari; dominumque damnū ex contrectatione pati.=

6 Obijci potest l. si quis uxori 52. §. si servus 28. de furtis ubi dicitur furti actionē competere pro pretio hereditatis in qua servus contrectatus, fuerat institutus, si hereditas propter furis culpā adiri à servo non potuit, nam ut recte respondet Cheşius predict. cap. 6. n. 32. cum in casu d. §. servi estimatio venire deberet in penā, seu actionem furti quia ipse servus subreptus fuerat, nihil mirū, quod per accessionē veniat etiā pretium hereditatis, quod alia venire non potuisset: ratio est quia cum servi corpus estimetur, et illud pretiosius reputari debeat propter institutionē videst ut estimatio hereditatis computetur in actione furti. maxime quia actio furti in predicta lege nascitur propter interesse actuale servi, et ideo nihil mirū, quod ea actio semel nata, postea augeatur propter damnū hereditatis non aditē à servo= alias enī non competeret actio furti, quē minime datur ex eo solū quod lucrū amittatur. lege qui iniuriē 53. §. fin. de furtis. lege si is cui commodata 71. §. 1. eod. Cheşius d. cap. n. 30. neque obstat l. si in commissa 13. ff. rē ratā hab. quia licet detur interesse illius qui lucri spē habebat et hoc interesse in alijs actionibus veniat, contrarium accidit in furto propter strictā eius naturā ut n. prec. diximus ex rat. ibi assignata. vide Cheşiū d. lib. 2. interp. cap. 4. et d. cap. 6. ubi non nulla huc adaptanda invenies. et interim nota predictam assertionem dumtaxat procedere respectu contrectationis factē eo tempore, in quo actu non interest

aliorū non tamē respectu novę contrectationis. exempli gratia contrectata res mihi donanda, aut in quam aliquam spem habeo; dicimus mihi non queri actionē furti: sed si postea quę res eadē contrectata, mihi donata fuerit de novo contrectata sit, certum est; ex hac secūda contrectatione, utpote eo tempore facta in quo ius actuale habeo, furti actionē mihi competere. Paulus de Castro in d. lg. 1. C. de novalib.; et in lg. si aducta 10. C. de furtis =

7 Obijci etiam potest lg. arboribus 12. §. fin. de usufr. Ubi dicitr furti actionē competere fructuario contra eum qui fructus decerpserat, et contrectaverat. et hoc ideo quia interfuit eius fructus non esse ablatos licet fructus antequam percipiantr, non fructuarij sed proprietarij sint. sed respondetur cum Acursio actionē competere fructuario post quę poterat uti frui. arg. lg. 35. de usucap. quo casu negari non potest interesse eius fructus non fuisse ablatos, et quidē interesse actu dum contrectatio fuerat facta; nam licet dominiū fructuū non habeat antequam percipiat certū est eos possidere lg. naturaliter 12. de adq. posses. aut in quasi possessione saltē esse. lg. 3. §. 17. de vi et vi arm. lg. 1. §. quod ait Pretor 11. ff. quod legatorū. Brocholt. de adq. posses. cp. 6. n. 33. et ideo habet actuale interesse ratione possessionis = obijci etiam potest. l. 41. de furtis ex qua constat furti actionē dari postliminio reverso pro contrectatione facta dum apud hostes erat, quamvis certū sit captivū apud hostes nullū ius actuale habere. sed respondetr dictā decissionē accipiendā esse suppositis terminis habilibus; ut in casu quo res captivi ab alio nomine captivi

possidebant in ciuitate. quo casu competit actio furti captiuo reuerso non propter suam personam sed propter personam illius qui possidebat. arg. lg. 68. cum seq. de furtis. aut accipiendam esse d. decisionem in casu quo res peculiaris subrepta sit propter eandem rationem vt tenet D. Ortega ad Labeonem in lg. 29. de captiv. sect. 2. n. 14. constat enim d. lg. loqui de actione competente ratione alterius personæ quia de eadem materia loquitur in §. §. sequentibus.

8 His ergo præsuppositis constituendum est rei hæreditariæ furtum non fieri nec si ante aditam hæreditatem contrectetur, vt probant l. 33. de neg. gestis. lg. de noxal. lg. 21. de adq. hæred. lg. 33. §. 1. de adq. rer. dom. lg. 14. §. 14. de furtis. lg. 68. lg. 69. et 70. eod. et passim in tit. ff. et C. expilatæ hæred. nec si post aditam hæreditatem contrectentur res, dummodo ab hærede, vel ab alio possessæ non sint. lg. 6. §. fin. rer. amot. lg. 2. §. 1. ff. expilatæ hæred. obtinuit enim hæc sententia de cuius veritate dubitauere non nulli vt refert Cicero lib. 7. famil. epist. 22. ergo pro contrectatione rei hæreditariæ nondum possessæ, actio furti non competeret hæredibus necesse fuit, vt aliud remedium daretur: et ideo constitutum est vt hæredes possent agere expilatæ hæreditatis, in quo iudicio extraordinario seu arbitraria pœna expilatores puniuntur. lg. 1. et passim ff. expilatæ hæred. lg. vlt. cod. eod. nam quamuis hæredes possent vindicare rem expilatam. lg. 3. ff. eod. cum vindicatio sit actio dumtaxat ciuilis, desficiebat criminalis accusatio, seu criminale remedium, atque ideo constitutum est iudicium expilatæ hær. quomodo accipienda est d. l. vlt. C. de crim. expil. hæred. quæ asserit iudicium expilatæ hæreditatis loco desficientis actionis dari

convenisse, cuius sensus est hoc iudicium dari loco defficientis actionis criminalis. Anton.s Perezius in d. tit. cod. n. 7. huius criminis pena extrahordinaria cum sit arbitrio iudicis relinquitur. lg. 1. Cod. eod. qui pro qualitate admissi delicti modo graviorem, modo leniorem, aliquando corporalem infligere poterit. Baldus in lg. de his ff. C. de furtis Gomecius lib. 3. Var. c. 5. n. 16. in fine, hodie tamen pena furti expilatores puniri notat Antonius Fab.r in cap. ad hunc tit. defimit. 1. ita ut vix in usu sit expilatae hereditatis extrahordinaria pena Fab.r ad tit. nisi in casu quo deliberante herede curator bonis detur qui poterit agere expilatae hereditatis Perezius in d. tit. n. 8.=

9 Sed his obstant plura, et in primis lg. 1. §. 1. ff. si his qui testam.to liber esse. ubi supponitur furtum fieri iacente hereditate. lg. 52. §. 1. de manum. tt.o, quae verba intelligenda sunt ut procedat de edicto de quo in d. tit. si is qui tt.o preterea expilatio dicitur expiesse furtum in lg. 40. in princ. de stat. liberis, et dicitur solum qualitate a furto distingui in lg. 16. §. 6. de penis. vel solum quoad actiones in lg. 12. Cod. ex quibus causis infamia irrogetur. et ita opinatur Petrus Gregorius Syntag. iuris part. 3. lib. 37. cp. 8. nec non Loerius in d. tit. C. de crimin. expil. her. qui asserit expilationem furti speciem esse. D. Amaya lib. 2. obs. cp. 7. n. 10. ubi q.d ideo omnia suplicia in fures statuta, etiam in expilatores locum habent. quare necesse est fateri expilationem habere furti substantiam, et furti speciem esse. atamen quia iuris subtilitate furti actio denegenda erat, ideo dici non esse furtum nempe quoad efectum distinguitur enim expilatio a furto sicut arrogatio ab adoptione in specie sumpta, et ideo nihil mirum quod 23

diversos respectus modo dicatur furtum, modo furtum esse negetur. arg. lg. 47. in princ. de furtis. quo faciunt ea quae diximus hoc cap. n. 2. et ea quae de obligatione pupilli traddi solent, nam cum certum sit pupillum naturaliter obligari. lg. 1. de novat. lg. 21. ad lg. falc. lg. 25. §. 1. quando dies legat. et hoc quamvis nec dolus pupilli interveniat, nec ipse locupletior fiat, ut in dictis lg. tamen, quia obligatio pupilli nec effectus obligationis naturalis habet. ideo expresse dicitur ipsum natura non debere. lg. 41. de condit. indeb. lg. 59. de obligat. et act. ut diserte explicat Bachov. ad Treutl. Vol. 1. disp. 6. thes. 5. litt. D.

10 Dices expilationem non solum furtum esse quoad substantiam, sed etiam quoad effectum, siquidem etiam furti agi potest contra expilatores. lg. 3. §. 5. de susp. tut. ibi: expilatae haereditatis crimine, sin minus furti: respondetur tutorem contrectantem res haereditarias teneri expilatae haereditatis, casu quo contrectaverit res a nullo alio possessas, teneri quoque furti si res haereditariae ab alio possessae fuissent iuxta casus lg. 68. 69. et 70. de furtis. lg. si homo 35. de usucap. ponendi enim sunt termini habiles ut illa alternativa procedat. Reter d. cap. 2. n. 34. ex d. lg. 68. 69. et 70. de furtis. et ex lg. 35. de usucap. notare oportet limitationem seu declarationem praecedentis assertionis, nam quamvis verum sit haeredem agere furti non posse pro contrectatione facta ante quam possideat res haereditarias, hoc tamen limitatur casu quo alius possideat nomine ipsius haeredis, seu ipsi haeredi iuxta casu d. lg. quia in tali casu furti actio competit possessori et propter possessionem haeredi. cum hac tamen

differentia q^d possessori semper competat sive res fuerit contrectatæ adita hæreditate, sive non adita hæredi non aliter non aliter quam si contrectatæ fuerint post aditionē ab eo factā, quæ differentia notatr in d. lg. 70. de furtis ubi postquam dixerat JC. in casibus precedentibꝰ ll. furti actionē competere nempe creditori pignoratitio, commodatario, aut usufructuario postea ubi loquitr de hærede non ita absolute loquitr: sed dūtaxat dicit id circo hæredi quoque competere posse; quasi non semper competat, sed possit dari casus in quo ei competat. Ratio huius differentiæ ex eo profluit: q^d actio furti non competat nisi ei cuius interest actu dum contrectatio fit ut supra n. 5. ostendimus. hæredi autē non interest actu nisi postquam factus est hæres adita hæreditate. post aditā hæreditatē necesse est ut ei competat actio furti: ratio est quia hæredi iā posidenti competit actio furti. d. lg. 2. §. 1. ff. expilatæ hæred. lg. 1. §. 15. si is quitt.^o hæres autē post aditionē statim possidere capit omnia ea quæ a creditore pignoratitio commodatario usufructuario ve possidentr, et ideo nullū impedimētū datr quominus actio furti competat hæredi, et quidē non propter interesse alterius, sed propter suū interesse.

11 In d. lg. 35. de usucap. hæc proponitr species homo cuius ususfructus legatus legatus fuerat contrectatus fuit ante quam hæres possessionē huiusmodi hominis apprehenderet. dubitabatr, an posset usucapi: seu an furtibus esset seu expilatus, nā si furtibus diceretr n̄ poterat usucapi. lg. 33. de usucap. §. furtivæ instit. eod. sin autem expilatus usucapi posset d. l. 35. lg. 70. de furtis. in hac quæst^e Sabinus respondit nullā huius rei usucapionem

esse cuius nomine furti agi possit agere autem furti
eum qui fruj debere posse quasi ita argueret non
potest vsucapi res cuius nomine furti agi potest. sed
huius hominis nomine furti agere potest vsufruc-
tuarius: q.º vsucapi non potest. in his enim supponebat
Sabinus heredem non habere furti actionem: asseritque
que legatarium eam actionem habere. sed quia hoc asser-
tum non est perpetuo. verum ideo Iullianus (huius
legis autor) id explicat ad casum quo legatarius
posset vti frui. quasi diceret non semper legata-
rio furti actionem oriri sed tum demum si homo sub-
reptus sit postquam ipse est proxime potens vti
frui. est enim legatarius in potentia proxima
vtendi fruendi post cautionem prestitam, et custodiam
susceptam siue naturaliter possideat, siue adhuc
non possideat. quia cautio legatarij custodiam prestat
l. 1. in prin.º, et fine ff. vsufr. quemadm. cau. quæ
sufficit ad actionem furti. l. 14. §. fin. de furtis. et
ideo legatarius post prestitam cautionem habet actionem
furti propter custodiam susceptam, et cautam. et quia
per furem stat quominus possideat vt ait Acurs.
in glos. ad d. l. 35. Retes d. c. 2. n. 31. dum legatarius
non possidet. si tamen est in actu proximo, quia
prestitit cautionem, furti actionem habet, sed hæc ac-
tio non communicatur heredi; huic enim soli competit
actio furti, si homo aductus fuisset legatario vtendi
et fruendi, quo casu cum homo possideatur desinit
esse hereditarius, et ideo si contrectetur dum est in
tali statu actio furti competit non soli fructuario
sed etiam heredi ex ratione n. prec. assignata nempe
q.ª per possessionem vsufructuarij ipse heres possidet.
neque obstat q.º in prin.º d. l. 35. dicitur ibi nunquam
possessus. nam ea verba accipienda sunt de posse-
sione ab ipso herede immediate aprehensa, vel

restringenda sunt ad casum de quo loquitur Sabinus.=

12. Adversus id quod diximus de legatario n̄ dum possidente: nempe eum habere furti actionem obstat q^d rei hereditariæ non fiat furtum (quoad effectum) antequam possideatur l. 6. §. 6. rer. amot. vt proinde nec legatario possit competere in præfato casu. Respondetur legatario sicut et heredi n̄ dari furti actionem a pro contrectatione rei hereditariæ non dum possesse; q. in vtroque eadem est ratio docet Pinell. select. c. 9. ex n. 25. et constat ex ipsa l. 35. de vsucap. vbi non aliter ei competere dicitur quam si posset vti frui etenim quamvis agnoverit legatum, agnitio non potest plus ei tribuere, quam aditio præstat heredi. atamen in præsenti casu aliud ius est, nam licet homo legatus sit hereditarius quoad proprietatem vsque dum possessus sit ab herede vel legatario; et ideo respectu proprietatis non possit fieri furtum huiusmodi hominis; tamen quoad vsumfructum desinit hereditarius haberi et capax est, vt eius fiat furtum. ratio est quia ideo rei hereditariæ (quoad effectum et attenta subtilitate iuris) non fit furtum; nempe quia nullum ius actuale datur in herede aut legatario nondum possidentibus vt postea latius exponam; vt proinde si detur interesse actuale, seu actuale ius tunc nihil obstet quominus furti agere possint quicumque tale ius habebant tempore contrectationis: hoc ius non habet legatarius in proprietate legata antequam possideat, sicut nec heres habet, sed in vsufructu habet legatarius actuale ius ex eo tempore in quo est proxime potens vti frui, quia iam de præsenti habet custodiam rei et facultatem percipiendi fructus, et ideo potest actionem furti habere si ipsi dum poterat vti frui ablatus homo fuerit: nam

licet homo quoad proprietatẽ sit tũc hæreditarius; quoad vsufructũ minime hæreditarius est, ideoque reputari debet ac aliæ quæ desierũt esse hæreditariæ, aut nũquam hæreditariæ fuerũt.=

13 Rei hæreditariæ furtũ fieri anteq̃ possideatr indicant. l. 27. §. fin. cum seq. de furtis. Vbi pro tabulis hæreditarijs deletis actio furti datr. Respondcri tamen potest cum Vallensia ad tit. de adq. hæred. §. 2. ex n. 31. tabulas, fuisse viuo testatore deletas, et ideo actionẽ furti dari potuisse. sed melius Retes lib. 7. opusc. cp. 2. n. 33. qui lg. 30. de furtis refert ad lg. 29. vt decisio lg. 30. dũtaxat procedat quoad actionẽ ad exhibendũ, et interdictũ quorũ bonorum, quæ pro rebus expilatis competunt. lg. 1. §. 2. ff. expilatæ hæred. similiter furtũ rei hæreditariæ fieri indicant. lg. 40. §. vlt. de hær. petit. lg. 30. in pñº ad lg. falc. lg. 1. §. 1. de priuat. delict. sed hæc iura accipiẽda sunt, suppositis terminis habilibus, iuxta casus d. llg. 68. 69. et 70. de furtis iunctis his quæ diximus n. 10. Retes d. cp. 2. n. 38. D. Amaya d. cp. 7. n. 8. et 34. eodem modo explicanda est. lg. 71. §. fin. de adq. hær. et similiter explicari posset lg. 11. C. de furtis, sed de his postea latius n. = non obstat l. 1. §. 1. si is qui ttº liber esse quia responderi potest ex doctrina tradita n. 9. nec obstat l. 43. ad lg. Aquil. quatenus ait actionẽ arborũ furtĩ cæsarũ, quæ species actionis furti est. lg. 8. §. 2. D. arbor. furt. cæs. competere pro arboribus iacente hæreditate cæsis. Respondetr enim actionẽ arbor furtĩ cæsarũ aliqº esse speciem actionis furti, seu actionẽ furti continere, nẽpe si simul cum cæsione furtũ concurrat. frequentius tamẽ actionẽ furti non includere. lg. 7. §. 1. eod. quare quod. detr actio arborũ furtĩ cæsarũ non probat

necessario furtu factu fuisse. et in casu d. lg. 43. ad lg. Aquil. necessario dicendu est actionę arboru furtī cęs. non concurrere cum actione furti quia pro contrectatione rei hęreditarię actio furti non datr vt ex ipsa lg. ostēdi posset = de alijs legibus (ex quibus etiā videtr probari furti actionę dari pro contrectatē rei hęreditarię non dum possesse) postea opportunius agendu erit, post quam rationę prętiterimus ob quā rei hęreditarię furtum fieri posse negetr, opportunius quidē quia ex ipsa decidendi ratione lucē accipient. =

14 Diximus supra n. 9. expilationę esse speciem furti, et furti substantiā habere, licet pro expilatione actio furti non concedatr: quare operę pretiu erit discutere et scrutari rationę, ob quam actio furti contra expilationis crimen non conceditur, et opinor (salua pace eximioru virorum qui de hac re lauorauere) ideo furti actionę non dari quamuis res hęreditarię contrectętr, quia talis actio non datr nisi sit persona cuius intersit, actu dum contrectatio fit, contrectationę non fieri, vt ostendimus supra ex n. 4. ad 8. quę quidē persona non adest antequam res ab hęrede possideantr (exceptis casibus llg. 68. 69. et 70. de furtis) quare iuris subtilitate attenta recte veteres indicauerunt n̄ posse furti actionę concedi siue iacente siue adita hęreditate res fuissent contrectatę. lg. 2. §. 1. (cum alijs supra aductis) ff. expilatę hęred. q.d non sit persona cui actu intersit in casu d. lg. 2. §. 1. sic ostendo: si aliqua persona tunc esset consideręda maxime persona testatoris, sed eius non interest: q.o nulla persona datr, in his duab.s propositionib.s probandis difficultas consistit: eoru tandē veritatē separatim et forte concludenter monstrabo. sed obiter pręmittendu est nos loqui non de interese

lato sumpto, sed de eo interesse actuali quod requiri-
tur ex parte furti passi ad hoc vt ei competat actio
furti iuxta dicta supra n. 6. =

15. Quod autem si alicui esset concedenda actio furti
in predicta hipotesi, predictisque casibus, maxime de-
functo concedi deberet sic probo in lg. 6. in fine ff.
rer. amotar. dicitur pro rebus amotis ab vxore, mor-
tuo viro, et antequam heres possideat, non posse agi
furti actione contra vxorem, et duntaxat contra eam
agi posse, aut rei vindicatione aut petitione hereditatis,
vt proinde ex hoc textu deduci videatur, neque ac-
tione rerum amotarum aduersus vxorem agi posse, quod
etiam probat l. quamuis vlt. C. de furtis. l. aduersus
4. C. de crim. expilatae hered.: et si queras rationem
ob quam vxor non teneatur expilatae hereditatis
crimine non aliam inuenies preter hanc: nempe
quod vxor videatur potius contrectare res mariti quam
heredis; seu quod in rebus hereditarijs nondum
possessis ab herede mariti, si alicui sit furtum,
ipsi marito fieri dicendum sit, et minime heredi,
quare cum inter maritum et vxorem non detur
actio furti, ideo neque potest dari actio expilatae
hereditatis. lg. vxor 5. ff. expilatae her. siquidem
ipsum maritum pati contrectationem iura crediderunt.
ita Paulus de Castro in lg. belus 11. Cod. de furtis
n. 2. et in lg. vlt. Cod. eod. n. 1. vbi fatetur se non
aliam rationem videre: quequidem ratio confirmatur
ex lg. 3. Cod. de crim. expil. her. vbi non denegatur
iudicium expilatae hereditatis aduersus nouercam
heredis, quia ea expilauerat, non hereditatem
viri, sed alienam hereditatem, vt ait glosa in lg. 5.
ff. expil. her. hec eadem assertio probatur, nam heres
ante apprehensionem possessionem non habet ius quod

sufficiat vt ei. fiat furtu attento rigore iuris. etenim non habet viu possessione re, vt patet; deinde neque habet dominiu naturale, quare non potest ei furtum fieri qd non habeat dominiu naturale probatr tx lg. 11. C. de furtis iuncta lg. 17. C. eod. cum alijs supra hoc numero adductis, in quibus dicitr, non posse agi furti contra vxore nisi ea contrectauerit res iam possessas ab herede vt expresse constat ex lg. 6. in fine ff. rer. amotar. sed in d. lg. 11. C. de furtis dicitr furti actione dari contra vxore contrectante postquam heres dominus factus est. hec enim oppositio non aliter toli potest nisi dixerimus d. lg. 11. loqui de dominio naturali qd non adquiritr per solam aditione nisi etiam possessione heres adquirat, et sic optime concordant prefata iura cum eque in d. lg. 11. ac in oppositis dicatr non aliter furtum fieri quam si heres fuerit in possessione, seu dominiu possessione munitu (hoc est naturale dominiu) habuerit qd quide dominiu requiritr ad hoc ratione dominij furti actio nascatr nam cum furtu sit iure naturali prohibitu. lg. 1. de furtis. §. 1. instit. de oblig. que ex delicto nasc. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 30. thes. 1. lit. B. vbi late de hac re. inde fit vt materia furti de rigore iuris non possit esse dominiu ciuile quale est id qd per solam aditione adquiritr. Pinell. lib. 2. select. c. 9. n. 27. post Barbosa in rubr. de solut. matr. 1. p. ex n. 19. = ex quibus sic concludo: si alicui esset concedenda actio furti pro contrectatione rei hereditarie non du possesse, maxime, et vnice testatori ea concedenda foret; constat ex dictis in hoc numero. et ex plurimis cap. prec. congestis: ibi enim satis probauimus testatore retinere dominiu naturale vsque dum heres possideat, quare si alicui concedenda esset actio furti maxime testatori vt pote domino naturali, concedenda foret. arg. lg. 49. de furtis vbi

dicitur pro re dotali quæ periculo mulieris sit, (id est pro re dotali non æstimata) actionem furti marito, non vero uxori concedi, iuncto q.d licet uxor atento euentu soluti matrimonij dicatur domina naturalis lg. 30. C. de iure dotium, vere tamen pro tempore constantis matrimonij dominium naturale penes maritum est, dominium ciuile penes uxorem, ut acute probat Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 7. thes. 6. lit. C. cujac. lib. 10. obs. cp. 32. et quamuis teneant aliqui dominium naturale uxoris esse semper in eo conueniunt ut maritus licet reuocabiliter dominium naturale habeat licet non perpetuum nec absolutum saltim quoad usum et possessionem ut docet Cujacius in lg. unic. §. cumque ex stip. C. de rei uxor. act. D. Henestrosa de Impensis sect. 1. n. 23. ut proinde eodem pasu ambulent, quoad presentem casum maritus in re dotali constante matrimonio, et testator dum heres non posidet=

16 Restat ut probemus ex parte defuncti non dari interesse ut possit ei concedi furti actio. id enim 1.º probatur ex lg. 3. §. 6. de neg. gest. ibi quoniam neque testatoris iam defuncti. nam si post mortem non geritur negotium defuncti ideo est quia non vertitur illius interesse. lg. fin. ff. si pars hæred. pet. ibi neque patris negotia fuerunt qui esse desierat. 2.º ex lg. 14. §. fin. de furtis ibi quis ergo furti aget? is cuius interfuit eam non subripi id est ad cuius utilitatem pertinebant ea bona. sed post mortem bona iam non amplius pertinent ad utilitatem defuncti: ergo ei nequit actio furti concedi probatur, nam bona defuncti a tempore mortis pertinere incipiunt ad heredes, nam ideo intelliguntur retro sucesisse. lg. 54. de adq. her. lg. 138. lg. 193. de R. I. iunctis his quæ de hac retroducta successione diximus supra cap. 5. ex n. 20. = neque obstat q.d testatoris intersit voluntatem suam adimplere, et bona sua ad bene de se meritos peruenire,

nam hoc interesse non sufficit ad furti actionē concedendam. arg. lg. 49. de furtis. siquidem ex parte passi non sufficit interesse afectionis. d. lg. 49. quamvis ex parte contrectantis sufficiat. lg. 54. §. 1. eod. quę sic intellecta non obstat etenim ad furtum constituendum necesse est, ut contrectans lucrum capiat, et hoc lucrum dari dicitur et si afectionis tantū sit d. lg. 54. §. 1. ex parte illius cui contrectatio fit necesse est, ut debr interesse et hoc interesse si tantū afectionis fuerit non sufficit ad furtū. d. lg. 49. de furtis. Chesius lib. 2. interp. cp. 6. ex n. 27. = quibus addi potest qd licet interesit testatoris bona sua ad heredes pervenire et interesse afectionis sufficeret ad furtū in presenti casu ex alio capite furti actio deneganda foret, nempe ex eo qd interesit testatoris non propter se immediate, sed propter heredem, quo casu non conceditur actio furti arg. d. lg. 49. de furtis. neque magis obstat, qd testator sit dominus et possessor usque dum heres possideat, ut diximus cap. prec. nam licet sit dominus, et possessor non ideo habet actionē furti nisi ratione interesse. lg. 11. §. fin. de furtis ibi: maxime verbum maxime in iure accipiendū est, non quasi alias idem sit, sed quasi alias idē non sit, ita Joannes Calvinus Lexicon iuris vº maxime ubi hoc probat post plura ex lg. 9. d. usucap. lg. 2. C. an serv. ex suo fact. cred. lg. 37. §. pater in fin. d. lg. 3. si eius interfuit iuncto quod loquitur d. §. de eo qui iam dominus erat. lg. 82. §. 1. eod. ubi pro frugibus subreptis furti actio conceditur domino et colono ex hac ratione quia utriusque interest, quasi nec domino concedenda foret nisi interesset. tāš ex Appius in §. furti 13. inst. de oblig. quę ex delicto. ibi itaque nec domino aliter competit quam si eius interesit rem rem non perire ==

17 Sed neque ex parte hæredis dantur termini habi-
les, ut ei furti actio adquiratur, non dantur ante aditã
hæreditatẽ, quia tunc nullũ ius actuale habet. d. lg. 3.
de neg. gest. neque obstat quod retro dominus habeatur,
nam hoc partim est falsum ut supra cap. n. dixi-
mus. nec si verũ esset quidquam probaret, nam et si
pro nunc fateamur hæredem esse retro dominum
per fictionẽ, hæc fictio non sufficeret ad hoc ut ei fur-
tum fieret, sicut non sufficeret ad actionẽ negotiorũ
gestorũ in casu d. lg. 3. §. 6. nam ad furti actionẽ con-
cedendam attenditur ius naturale et gentium, sicuti
attenditur in casu d. §. 6. ut ait Antonius Fab.r in
rationali ad d. §. quare cum in rei veritate ante
aditionẽ nullũ ius habeat in rebus hæreditariis sequi-
tur actionẽ furti ei non esse concedendã ex dictis
hoc c. ex n. 5. = sed neque post aditionẽ potest hæ-
res habere actionẽ furti, quod probo 1. ex dictis
cap. præd. nam si defunctus est dominus naturali
dominio præditus usque dum hæres possideat, et si
hæres per solã aditionẽ dũtaxat adquirit dominiũ
civile necessario aufertur, hæredi actionẽ furti dari
non posse, quia in ea attenditur ius naturale. ut
iam diximus. et hinc 2°. probatur q.a ut constat
ex d. cap. præc. hæreditas per aditionẽ non desinit
esse hæreditas, et ideo cum rei hæreditariæ non
fiat furtũ iacente hæreditate, nec post aditionẽ
fieri poterit, cum in utroque casu res hæredita-
riæ sint, et ad defunctũ spectẽt. arg. lg. 1. §. 16. de
adq. possess. de cuius exposit.e supra cp. præc. labo-
ravimus, quæ omnia hic repetenda sunt. ex quib.
potest interpretari tex.t in lg. 1. ff. si is qui t.o liber
esse §. et generaliter 6. ibi vel libertas competit
post intervallũ modicum aditæ hæreditatis &. ibi
dicitur locum esse actioni honorariæ ex illo edicto
et si libertas competat post aditã hæreditatem

dummodo immediate ad aditionē hoc est antequam
hæres possideat quo casu ideo competit actio illa quia
hæres qui nondū possidet et si adierit, non dū est domi-
nus illius servi qui tt.o liber esse iussus est: sed defunc-
tus dominus manet rei surreptæ quare datur locus
edicto l ex ratione assignata in princ.o d. lg. 1. ==

18 Sed his obstant a contrario sensu lg. 44. §. 2.
et lg. 64. de furtis in d. lg. 44. dicitur hæredi competere
furti actionē si servus hæreditarius testamento domini
manumissus res proprias hæredis, ante aditā hæreditatē
contrectaverit: ergo quia post aditā hæreditatē hæredi fur-
tum non fit: ergo ideo quia per aditionē hæres fit do-
minus servi, furti actio hæredi post aditionē non
conceditur, quæ inter dominū et servū non datur. Res-
pondetur. servū tt.o pure manumissū statī ab addita
hæreditate liberū esse. lg. 11. in fin. lg. 23. §. 1. de ma-
num. tt.o et ideo in casu d. lg. 44. §. 2. post aditā hæredita-
tem cum iā ei servus sit liber factus, facit furtū
contrectando res hæredis. ideo autem in d. §. 2. dicitur
ante aditam hæreditatē, quia de illo casu dubitabatur
propter retrotractionē hæredis. lg. 54. de adq. hæred. post
aditam hæreditatē non poterat dubitari, et ideo ne-
quit deduci a contrario sensu, servum post aditam
hæreditatē furtū hæredi non facere, nam cum sta-
tim fiat liber nullū dubium est quin furtū hæredi
facere possit = ex d. lg. 64. de furtis. videtur deduci
post aditam hæreditatē, hæredem ita dominum
fieri servi hæreditarij ut confunderentur actiones,
nisi servus legatus esset, et nisi servus legatus
transiret statim, seu recta via in legatariū. sed res-
pondetur id videri supponi in v.o et ut maxime
quis existimet, sed revera non supponi, neque quod

dicitur in illo versiculo duntaxat supponitur argumentatiue, seu potius permittitur quam supponitur permittitur enim, nam eo concesso vera extiret decissio. poterat quis arguere dicendo. et si servus hereditarius legatus contrectando res heredis, furtum faciat hec actio confunditur per aditione per quam heres sit dominus serui. huic obiectioni respondet Neratius in fin. d. lg. permittendo, nec concedendo suppositum argumenti, quasi diceret licet concedatur heredem fieri dominum per aditione, et inter dominum tale et servum confundi actione furti, in casu serui legati qui furtum antea heredi fecerat aliud est dicendum siquide non sit heredis cum nunquam transeat neque ad dominium ciuile ipsius. se recta via ad legatarium = obstat etiam a contrº. sensu d. lg. 3. §. 6. de neg. gest. ibi, qui non dum adijt, quo post aditione negotium heredis geri dicendum sit: respondetur: ibi solum quæri de tempore iacentis hereditatis. et ideo dici non geri negotium testatoris quia iam non est. neque heredis quia nondum adit, seu quia nondum est heres a contrario sensu nihil infertur maxime cum ex ratione non inferatur. nam in rigore iuris idem attento iure naturali et gentium dicendum erat de herede, qui adijt, si nondum possidebat, ac deo eo qui non dum adijt, vt supra probauimus: et certum est nihil a contrario sensu deduci nisi sit deductum a contrario sensu causæ seu rationis decissiue = sed aliter potest responderi dicendo rectam esse illatione in obiectione posita a contrario sensu, dummodo sic illa verba: qui non dum adijt exponantur, vt dicas neque heredis qui nondum adijt, geri negotium; geri vero heredis illius, qui adijt, licet non dum possideat; sed ex eo non deduci furtum fieri heredi non dum posidenti. quia ad furti actione exigitur interesse actuale. et naturale. ad actione negotiorum gestorum minus requiritur, nam sufficit si negotium

in vtilitatē alicuius vertatur licet ex postfacto. lg. 21. §. 1. in fine. de negot. gest. lg. 20. eod. itaque ex denegata actione negotiorū gestorū recte arguitr ad denegandā actionē furti, quia illa facilius hęc difficilius concedit; econtra tamen non recte arguitur. =

19. Dices si res hęreditaria contrectata fuerit, statim ac hęres adit hęreditatē nascitr actio furti, siquidē per furem stabat, quominus hęres eam aprendendo naturalē dominiū habeat, quod sufficit ad actionē furti concedendam arg. lg. 12. §. fin. de vsufr. Respondetr supposita doctrina tradita supra n. 7. 11. et 12. furti actionē non dari nisi ei cuius actu interest dum contrectatio fit, vt diximus n. 5. ideoque non sufficere si postea intersit, vel si postea per furē fiet quominus hęres possideat alias falsa essent ea quę de actuali interesse traduntr, quo facit l. 17. §. fin. de prescrip. verbis vbi negatr actio furti licet is, qui anulos acceperat, et detinebat, faceret quominus ad victorē peruenirēt. quare dicendum est: furtū fieri q.do per furem stat quominus hęres possideat, dummodo adsit contrectatio quę sit causa proxima ob quam hęres non possideat, et adsit quidē q.do interest. ideoque si contrectatio fiat ante aditionē non potest dari actio furti q.a interesse non concurrit cum contrectatione. sin autem post aditam hęreditatem contrectentr res idem erit dicendū: neque obstat argumentū propositū, nam in eo casu dum contrectantr res non dum possessę non potest dici per furem fieri quominus possideatr, dum eas contrectat. verum est, q.d ex post facto, si fur retineat impedit possessionē hęredis, sed cum id non impediat simul de nobo contrectanda nequit dari

actio furti, siquide damnum, et contrectatio, non concurrũt. et ideo in d. lg. 47. §. fin. de præscrip. verb. non sit furtũ, nempe quia non contrectatur anuli; quamvis non tradantur. verũ est q^d ipsa detentio impedit quominus ~~non tradantur. verũ est~~ anuli transeant in naturale dominiũ victoris, sed ad furti actionę ulterius requiritur q^d illud impedimentũ contrectationę includeret, quę ex sola detentione ñ datur lg. 67. in princ. de furtis lg. 3. §. 18. de adq. poss. §. 6. instit. de oblig. quę ex delicto =

2 Sed si detur casus in quo ipsa contrectatio impediat possessionę hęredis, ut puta si dum hęres pergebat ad capiendam possessionę rei hęreditarię alius eam contrectet, tunc dicerem furti actionę hęredi competere, cum ipsa contrectatio proxime impediat possessionę. sic similiter si res hęreditaria ablata dum iacebat hęreditas de nobo contrectata sit postquam hęres est in possessione aliarũ rerũ hęreditariarum, similiter dicerem furti actionę ex noba contrectatione hęredi competere, sicut etiã competit in simili casu legatario non possidenti. lg. 66. §. 1. de furtis. lg. 47. eod. ubi Barth. quia in his casibus ipsa contrectatio proxime impedit possessionę et facit quominus hęres et legatarius non habeant dominium naturale, q^d est dominiũ civile cum possessione coniunctũ. neque his obstat l. 2. §. 1. ff. expil. hęred. lg. 6. §. fin. de act. rer. amot. in quibus expresse dicitur rei hęr. nondum possessę non fieri furtum: nam respondetur res hęreditarias possessas esse, aut reputari quoad pręsentę quęstionę quoties ipsa contrectatio possessionę impedit. arg. lg. 11. et 24. de

cond. et dem. lg. 161. de R. I. et arg. lg. 38. in fin. locati. lg. 1. §. 13. de extraordin. cognit. ex qua doctrina potest explicari txt. in lg. si homo 35. de usucap. ibi: ut fructuarius poterit uti frui, quæ verba quamvis aliter possint expendi; ut et fecimus supra n. 11. recte tamen aptantur ad præsentem casum: et ideo non male accipiuntur de fructuario, qui habetur pro utenti, et fruenti ex eo q.d sola contrectatio impedit quominus utatur fruatur. =

21 Ex supra dictis expendi potest. l. 52. §. si statuliber 29. de furtis. quæ obstare videtur quatenus ait desinere interesse hæredis supponens aliq.do interfuisse: sed pro solutione huius txts notandum est in eo agi de furto facto vivente testatore in re sub condit.e legata, aut in statulibero ut optime probat Valentia ad tit. de adq. hæred. cp. 2. n. 30. quo casu actio furti potest transire in hæredem ut pote in universalem successionem, non vero in legatarium transit in hæredem si aliquo tempore res legata aut statu libero in eius naturate dominium media possessione pervenerint. non transit si recta via ab ipso instanti aditionis servus fiat liber, aut legatum transeat in legatarium: q.d contingit si legatum est purum. lg. 64. de furtis lg. 80. de leg. 2. aut purificatum ante aditionem quia idem de puro ac purificato dicendum est. idem dicendum de statu libero, si pure manumissus est tt.o aut sub condit.e quæ sit purificata ante aditionem. his enim casibus furti actio licet nata in vita defuncti non transit in hæredem ut d. §. 29. q.d si transiret esset ratione rei, et cum res ad eum post purificatam conditionem non spectet, inde est, ut non habeat actionem furti, neque ex persona defuncti. et hoc sensu in d. §. 29. dicitur desinere interesse

hæredis, nimirum propter possibilitatem, quia antequam purificatæ essent conditiones poterat interesse, at vero illis purificatis hæc species deffecit, et ideo interesse desinit. e contrario si conditio legati, aut libertatis adhuc post aditionem sit impendenti actio furti quæ competebat defuncto transit in hæredem dominum factum (licet revocabiliter) rei legatæ, et servi sub conditione liberi esse iussi. et hic secundus casus deciditur licet obscure in illis verbis d. §. 22. ibi pendente autem conditione &c. et idem deciditur in lege 80. §. 1. et 2. eod. Primus autem casus deciditur in primo V.º d. §. si statu liber 22. ubi agitur de casu quo ante aditionem extitissent conditiones. notare tamen oportet in hoc casu hæredi competere furti actionem, et si nondum possideat, ratio est quia cum eam habeat ex persona defuncti cui utiliter competere cœperat, nihil impedit quominus in hæredem transeat. lege 23. de adq. possess. quamvis in eo statu ipsi hæredi furtum fieri non potest: sin autem res fuissent contrectatæ post aditionem dum hæres iam easdem possideat ei competeret actio ex persona sua arg. lege 12. §. fin. de usufr. =

22. Huc etiam pertinet l. in eo 33. §. 1. de adq. rer. dom. de cuius expositione agit D. Alenao lib. 2. ob. 1. ex n. 25. quo duce facilis est huius §. expositio: supponendum est actionem furti oriri tempore contrectationis, aut numquam quia ad furtum exigitur ut actu intersit, sicut constat ex d. n. 5. et in præsenti casu probat D. Alenao d. ob. n. 28. de inde supponendum est patrem esse dominum peculij castrensis filij militis, et hoc non tantum si filius decedat intestatus, sed etiam si testatus decedat dummodo hæres repudiet, et donec adierit, ita taliter ut dominus sit dum hæres scriptus

deliberat. D. Henao d. loc. et ot. 1. ex n. 12. eod. lib. 2. quib.
præmissis iã apparet ratio ob quam si rei peculij Castren-
sis deliberante hærede scripto contrectetur, in pendenti
sit, an actio furti detur cum effectu. siquidem si hæ-
res repudiet actio a principio tempore contrectatio-
nis orta irrebocabiliter ei competit; sin autem hæres
adierit tunc actio furti quæ in rei veritate orta erat
retro nulla videatur; quia in tali casu peculium
retro hæreditas est hæreditati autem furtum non fit.
in hac enim specie actio furti competit patri ra-
tione dominij naturalis quod habet in peculij re-
bus; ideo que si nullus hæres existat actio illa prius
orta sit eficax et irrebocabilis; sin autem hæres fi-
lio extiterit aliquis; tunc actio patris evanescit. qua-
re ex hoc statu minime infertur actionem furti ex
post facto competere, aut competere quin actu
intersit patri etenim patris interest propter domi-
nium quod actu habet, quod non potest dici de hærede qui
neque post aditionem actu habet dominium naturale.
itaque magna versatur differentia inter hæredem
et patrem. hæres enim neque in pendenti est domi-
nus vt supra cp. ostendimus, et hoc ante aditionem
post aditionem licet incipiat esse dominus civilis, seu
civile dominium habere non tamen est dominus na-
turalis neque in pendenti, siquidem defficit possessio
et vsque dum possideat dominium naturale non ad-
quirit. in patre respectu peculij Castrensis, dum hæres
a filio scriptus deliberat datur dominium naturale
siquidem tam dominium quam possessio sunt patris
licet in pendenti. leg. 1. §. 22. de collat. bonor. d. leg. 33.
de adq. rer. dom. iuncto D. Henao d. ot. 1. ex n. 19.
neque his obstat quod pater furtum faciat rei peculij
Castrensis. leg. 52. §. 6. de furtis. nam ad hoc suffiat

quod filius etiam habeat dominiũ naturale peculij licet sub alio respectu. D. Alenao d. ot. 1. n. 18.

23 Non datur actio furti nisi adsit persona cuius intersit actu dum contrectatio fit, et nisi naturaliter intersit, ut satis superque ostendimus in alijs tamen actionibus aliud observabatur, quia non adeo stricte naturę sunt ac actio furti. et in primis actio legis aquilię competit pro damno dato iacente hęreditate. lg. 13. §. 2. lg. 15. in prĩo lg. 43. ad lg. Aquil. sed ratio est quia actio legis aquilię competit ęquè ei qui tunc dominus esset, cum damnum daretur, ac ei qui postea dominiũ habuerit, ut aperte constat ex d. lg. 43. propter eandẽ rationẽ item dicendum est de interdicto, q.d vi aut clam, et de petit.e hęreditatis. lg. 11. lg. 36. §. 2. de hęr. petit. et de actione servi corrupti. lg. 13. §. 1. de servo corrupto. lg. 1. §. 6. de iniurijs. neque obstat si objicias has actiones dari pro interesse. ex quo deducitur actu interesse dum iacet hęreditas, nã respondetur interesse quidẽ dari, neque enĩ actio ex f[illegible] hęreditatis daretur nisi interesset alicuius: negamus tamẽ dari interesse actuale, q.d certę personę competat actu dum contrectatio fit. quale requiritur ad furtum in casu d. lg. datur interesse et propter interesse dantur actiones. sed illud interesse vel est ipsius defuncti vel si consideratur esse hęredis, non est actuale ipsius hęredis, sed est tale ut propter illud ex postfacto aditę hęreditatis appareat tunc postquã hęres est dominus interesse eius damnũ non fuisse datum eo tempore quo non erat hęres nec intererat eius, et hęc est ratio d. lg. 43. ad lg. Aquil. eadẽ fęre distinctionis ratio invenitur inter actionem furti et vindicationẽ non datur actio furti pro

rebus hæreditarijs non du posessis, quia hæres utque du possideat non habet dominium naturale: datur tamen vindicatio hæredi; quia ad vindicandum sufficit si deter dominium civile. lg. 23. de rei vind., sed ad actionem furti tribuendam non sufficit.=

24 Huc spectat l. 5. §. 8. de instit. act. vbi dicitur actionem furti competere pro expliatione, aut contrectatione vestium cadaueris. cui difficultati respondet Ramos lib. 1. ad lg. Julias et Papias cp. 18. d. §. accipiendum esse de vestibus pretiosis quæ ornatus causa in sepulcrum ab hærede ponuntur quæque remanent in dominio et possessione hæredis quare non sunt connumerandæ inter res hæreditarias. Aliter D. Ortega ad Labeonem lib. 2. in l. fin. depositi cum lg. pen. de furtis n. 28. vbi hac vtitur distinctione, vt si vestes fuissent ablatæ ante humationem competat actio furti, quia hæres erat in possessione: sin autem post humationem fuissent ablatæ tunc, quia sunt occupatæ religione competat actio sepulchri violati. lg. 3. §. 7. de sepulchro violat.= Potest obijci quod res vniuersitatis comparantur rebus hæreditarijs. lg. 7. §. 1. quod cuius que vniuers. et rei vniuersitatis fiat furtum. lg. 37. et 81. de furtis. Respondetur comparari sed non esse idem, aut non in omnibus assimilari distinctio est in eo quod municipes, et vniuersitas possident per sindicos lg. 2. de adq. possess. lg. 14. ad municip. et verum naturale dominium habent. lg. 1. §. 1. quod cuiuque vniuers. quare datur actuale interesse, et actionem furti vniuersitates habere possunt, quod in rebus hæreditarijs non inuenitur. verum est quod res vniuersitatis possunt aliquo sensu dici nullius. d. lg. 7. §. 1. quatenus non sunt singulorum sed res hæreditariæ dicuntur nullius alio respectu vt supra cp. n. ostendimus= quare non obstat l. fin. ff. expil. hæred. vbi dicitur rei hæreditariæ non fieri furtum

sicut neque eius quę sine domino est, nam ibi non dicitur rem hęreditariam esse sine domino, sed dicitur haberi ac res quę sine domino est. ut docet Peres d. c. 2. n. 117. Præterea hęc l. cum loquatur absolute comprehendit casum hęreditatis iacentis; et hęreditatis aditę et nondum possessę rei expilatę. arg. lg. 2. §. 1. eod. quatenus comprehendit 1. casum ea verba hunc habent sensum ut res hęreditaria habeatur ac res sine domino, quia aliquatenus est nullius lg. 1. de diuis. rer. lg. 13. §. 5. quod ui aut clam. sed dicta verba quatenus comprehendunt 2um casum aliter accipienda sunt nempe ut res hęreditaria dicatur tamquam res sine domino, quia hęres usquedum possideat non est dominus naturalis, et quia quod attinet ad furtum idem est non esse in dominio naturali ac esse sine domino cum dominium ciuile non sufficiat ad furtum. Pinellus lib. 2. select. c. 9. n. 27. et 28. Acosta in lg. galus §. et quid si tantum 2. p. n. 176. =

25 Sed dominium ciuile non minus, quam naturale sufficere ad furtum probat Richard. ad tit. ff. de adq. hęr. n. 48. ex eo quod rei usucaptę fiat furtum quamuis illa sit ciuili modo quęsita; hęc enim objectio facile disoluitur; nam dominium quod usucapione adquiritur est naturale, sicut etiam dominium per aditionem quęsitum naturale est dum accesserit possessio. aliud est quod modus adquirendi sit de iure ciuili, aliud quod ipsum dominium quęsitum postea sit ciuile, vel naturale: ius ciuile tribuit dominium ciuile, sed dominus possidendo illud dominium ciuile naturale facit. cum ergo usucapio perficiatur media possessione necesse est quod tribuat dominium naturale non propter se præcisse sed propter possessionem adiunctam. plurimi enim sunt modi adquirendi

dominij alij de iure gentium, ut inventio, occupatio: alij de iure civile ut aditio hæreditatis, agnitio legati &. hi enim modi sufficiunt ut adquiratur dominium civile. sed hoc dominium accedente possessione exit naturale lg. 1. de adq. possess. §. 1. de distinctione inter dominium naturale, et civile alibi diximus, unum tamen non omittam, quia ad præsentem inspectionem attinet, nempe dominium civile non sufficere ad actionem furti quamvis quoad alia eiusdem fere potestatis sit, ac dominium naturale. lg. 1. in fin. lg. 2. de public. ratio est, quia cum furtum sit iure naturale prohibitum in illis temporib. in quibus inductum non erat ut aditione hæres fieret dominus, non poterat fieri furtum rei hæreditariæ non dum possessæ, quare licet postea ius civile constituisset ut aditio tribueret dominium noluit extendere suam constitutionem ad materiam furti, et sic furtum relinquit in eo statu, ac antea erat, ita fere Pinell. d. cp. 9. huc facit alia ratio quæ traditur à Fulgosio in lg. 10. C. de furtis. ait enim in hæreditate contineri res per modum universi, et ideo hæredem fieri dominum rerum in communi usque dum singularum rerum possessionem capiat, quare (inquit Fulgosius) nequit adquirere actionem furti pro re non possessa, quia res contrectata, ut particularis, et ad eam in particulari non extenditur dominium per solam aditionem quæsitum. Fateor hanc rationem non esse omnino tutam 1.° quia ex ea deducitur rei legatæ non possessæ fieri furtum posse et actionem furti legatario dari quod est falsum. 2.° propter l. 80. de leg. 2. ibi: sicut hæreditas hæredis res singulas. sed ad 1. respondere posset, legatario non dari furti actionem, quia res legata ut pote prius in hæreditate contenta, retinet conceptum universalem rei hæreditariæ usque quo legatarius possideat. ad lg. 80. de leg. 2. etiam respondere potest, legatum facere legatarium dominum

rei legatæ, sicut hæreditas facit res singulas hæredis; sed vtrumque fieri sub eodem respectu vniuersali; facit hæreditas res singulas hæredis, non vt singulæ sunt, sed vt quid vniuersale constituunt. vide tamen in comprobationem doctrinæ Fulgosij quæ diximus cap. 9. pro exposit. leg. 1. §. veteres 16. de adq. possess. =

26 Furtum rei hæreditariæ non fieri ideo dicunt alij, quia res hæreditariæ a nullo possidetur, et furtum sine possessione non fit. ita D. Amaya lib. 2. obseru. cap. 7. Cherius interp. lib. 2. cap. 4. n. 2. Azin in leg. 1. cod. de vsucap. pro emptore ex n. 113. sed hanc opinionem euertere conantur D. Chumacero select. 4. et Retes d. lib. 7. opusc. cap. 2. qui his mouentur fundamentis 1. quia dominus amittit possessionem pecudis aberrantis si ignorat vbi sit. leg. 3. §. 13. de adq. possess. sed huiusmodi pecudis fit furtum. leg. 1. §. 1. ff. de Abigeis. quo sine possessione, aut possessore. 2º quia dominus desinit possidere animalia a lupis erepta. leg. 15. de adq. possess. et horum furtum fiat. leg. 44. de adq. rer. dom. 3º quia rei deperditæ amittimus possessionem, si vbi sit ignoremus. leg. 25. de adq. possess. et nihilominus huiusmodi rei furtum fiat. arg. leg. 9. §. fin. de adq. rer. dom. leg. 3. §. 5. de incendio ruina, et naufragio. 4º quia amittimus possessionem rei in mari iactæ. leg. 21. §. 1. de adq. poss. et huiusmodi rei fit furtum. leg. 43. §. 11. de furtis. Præterea hæc sententia euertitur ex leg. 1. de furtis ibi: rei vsus possessionis, cum alijs adductis supra n. 4. vbi ostendimus furti actionem competere ratione interesse. leg. 10. cum seqq. de furtis. et denique euertitur ex eo quod licet fateamur furtum dumtaxat fieri propter possessionem, non ideo infertur rei hæreditariæ non posse fieri furtum siquidem possidetur a testatore iacente et adita hæreditate vsque quo possideatur ab hærede, vt constat ex dictis cap. 7. =

27 Probant tamē prędicti DD. suę sententię 1.º et pręcipue ex textū in l. 1. §. Scęvola 15. ff. si is qui t.º liber esse: sed communiter respondere solet d. text. loqui de furto ratione possessionis faciendo quasi dicat J.C. si nullus sit possessor nullū furtū fieri ratione possessionis: et idcirco hęreditati furtū non fieri, ratione scilicet possessionis, quia possessionē hęreditas non habet quę facti est et animi: atamē hęc solutio manifeste vim facit menti Scęvolę, ut probat D. Amaya d. cap. ideo quę cogitabā aliū esse sensū d. §. aliter quę explanandū fore. Supponit Scęvola in hęreditate non esse possessionē quę facti est et animi, hoc est illā quę facti est, et animi; aliā vero quę non est facti et animi non negat Scęvola posse in hęreditate manere prout latius dixiumus cap. n. ibidē supponitur in d. §. possessionē in hęredē non transire per solā aditionē, et usque dum eā corporaliter capiat. ex his deducit J.C. non fieri furtum rei hęreditarię nondū possessę ab hęrede. quomodo id deducat videamus verba text. percurrendo. Scęvola ait possessionis furtū fieri (in his verbis non negatur, fieri etiam ratione dominij, aut usus, sicut, qui dixerit fieri furtū, usus, aut dixerit fieri furtū rei, non negaret, fieri etiam possessionis:) denique si nullus sit possessor negat furtum fieri. (in his enim verbis Scęvola videtur negare, furtū fieri posse ratione dominij; hoc enī ex illis verbis infertur si absolute sumantur: sed cū Scęvola loquatur de furto rei hęreditarię constat eius verba ad hanc quęstionē referenda esse: sensus ergo Scęvolę est nullū furtum rei hęreditarię fieri si nullus sit possessor idest si nullus extraneus possideat rem hęreditariā ut in casu llg. 68. 69. et 70. de furtis. non enim reddit Scęvola rationē iuris, sed duntaxat in dictis verbis iuris dispositionē et observantiā refert. quasi diceret possessionis furtū fieri potest, sed rei hęreditarię non potest nihilominus fieri furtū si a nullo extraneo possideatur. pergit

Scæbola, ut reddat huius decissionis rationē, et ait, id circo hæreditati furtū non fieri (scilicet si à nullo extraneo possideatur) quia possessionē hæreditas non habet quæ facti est, et animi. hæc enī verba iuxta mētem scæbolæ, licet obscure, continent eādē rationē quā et nos præstitimus. diximus ideo rei hæreditariæ non fieri furtū, quia non est persona cuius intersit, dū iacet hæreditas. non esse personā talē probauimus ex eo qđ si aliqua esset maxime persona defuncti; defuncti autem non interesse, quia ex instanti mortis omne emolumentū hæreditatis incipit pertinere ad hæredē licet in spe tātū. vide supra ex n. 16. eandē sententiā continent præfata scæbolæ verba. nā ex eo qđ possessionē illā quæ facti est, et animi non habeat hæreditas seu (qđ idē est) testator cognoscitur defunctū neque possessionē neque dominiū vsū re rerū eo modo habere, vt ei possit furtū fieri: nā ideo non habet possessionē facti et animi, quia non sibi possidet sed hæredi futuro, nec sibi retinet alia iura nisi vt postea perueniant ad futurū hæredē. Potest aliter et apertius explicari scæbolæ mens, vt dicamus scæbolā supponere pro certo, et indubitato rei hæreditariæ iacentis non posse fieri furtū ratione dominij, et ideo non reddere rationē vniuersalē, sed dūtaxat quoad id in quo dubiū esse poterat. dubiū erat circa id an dato qđ furtū ratione dominij non fieret propter causas iam assignatas; saltē ratione possessionis fieri posset; magis dubitatur quoad possessionē, quia defunctus retinet possessionē, et possessio reputatiue dicit actum possidēdi, et continet actuale interesse, vt proinde quāuis non posset fieri furtū ratione dominij habitualis, adhuc dubitari poterat, an ratione possessionis fieri valeret. et ideo Scæbola reddit rationem obquam neque ratione possessionis fiat furtū dicens: ideo non fieri quia licet defunctus possideat non habet illā possessionē quæ facti et animi est quia non habet actū possessionis, sed ius possessionis dūtaxat, qđ ius cum

eodẽ modo spectet ad futurũ hẽredẽ ac dominiũ et alia iura hẽreditaria; non potest esse sufficiẽs materia furti, sicut et ex eadẽ causa ex qua non sufficit dominiũ q^d retinet testator. Et hoc voluerũt dicere qui ideo rei hẽreditatis iacentis furtũ non fieri dixerũt, neq̃pe quia res hẽreditatis iacentis sunt quodammodo nullius. ita Obesemb. in tit. D. expil. hẽred. n. 1. igitr versiculus id circo ita exponẽdus est quasi id circo hẽreditati furtum non sit si nullus extraneus possideat, quia si ex aliqua causa fieret maxime ratione possessionis quẽ facti sit et animi quam non habet hẽreditas, et hẽc ratio ita extendi debet. si ex aliqua causa fieret furtũ rei hẽreditatis iacẽtis à nullo extraneo possessẽ, id vtique fieret ratione possessionis facti et animi, etenim quoad possessionẽ quẽ tantum iuris sit certũ est eam non esse materiã furti, nã possessio iuris, seu ius possessionis hauituale q^d retinet defunctus, ita est insufficiẽs ad furtũ, sicut dominiũ, et alia iura quẽ retingtr in hẽreditate, et hoc ideo quia eodẽ modo retinet defunctus ius possessionis, ac alia iura, quare si ex aliquo capite fieret furtũ id esset ratione possessionis actualis, seu quẽ facti sit, et animi, et ideo recte infert Scẽvola id circo hẽreditati furtũ non fieri q^a possessionẽ hẽreditas non habet quẽ facti est, et animi =

28- Ex supra dicta Scẽvolẽ Doctrina descendit Olp.^{es} (Auctor d. lq. 1. ff. si is qui tt.^o) et in d. §. 15. adit hẽc verba: sed neque hẽredis est possessio antequã possideat; q^a hẽreditas in eum id tantum transfundit, q^d est hẽreditatis, non autẽ fuit possessio hẽreditatis, in quibus id videtr docere neq̃pe ideo rei hẽreditariẽ furtũ non fieri adita hẽreditate, nisi hẽres possideat, q^a aditio non facit hẽredẽ possessorẽ, quasi diceret non sufficit ad furtum post aditionẽ faciendũ quod hẽres per aditionẽ fiat

dominus. sed vlterius requiritur vt capiat illa possessionẽ facti, et animi quæ non erat in hæreditate: quare autẽ necessarium sit vt hæres possessionẽ facti et animi capiat, non docet Vlpian. sed aliunde petendum ẽ ex lg. fin. ff. expil. hær. quæ generaliter loquitur et de casu iacentis, et de casu aditæ hær. et in vtroque casu ait non fieri furtum rei hæreditariæ quia habetur ac res quæ sine domino est. seu quia dominium ciuile q. per aditionẽ quæritur quod attinet ad furtum idẽ est, ac si nullum dominium esset, cum non sufficiat vt interesse naturale consideretur in hærede propter rationes supra expensas. n. 17. his obstat quod sine contrectatione non fiat furtum; et quod contrectatio fieri non possit nisi res amoueantur, vt proinde solum ratione possessionis fieri furtum valeat; nam si non detur possessor, deficiat persona à cuius potestate amoueatur res. sed respondetur contrectationẽ fieri alicuius rei eam amouendo à potestate alicuius, atamẽ rẽ amoueri à potestate illius qui potestatẽ, seu ius in re habuerit, quæ potestas potest esse, vel ratione dominij, vel possessionis, vel vsus =

28 Obijci solet pro supradicta sententia lg. 68. 69. et 70. de furtis quatenus probare videtur tunc furtum fieri rei hæreditariæ quando adest possessor; tunc non fieri quando non adest. sed resp. has llg. id quidẽ probare. sed quare earum decisio procedat n. aliunde quam ex ratione à nobis assignata fore petendum. ideo enim vt iã alibi diximus fit furtum in casu d. llg. quia datur persona cuius actu intersit. lg. 14. §. 14. de furtis. datur cuius interesit propter possessionẽ, et si daretur interesse actuale ratione dominij, aut vsus idẽ dicendum foret = obijci etiam solet. l. 43. §. 2. de furtis. sed resp. ideo non agi furti contra delegantẽ indebitum, si eo absẽte solutum sit; quia in tali casu deficit contrectatio; quam delegans non exercet, neque realiter, neque virtualiter, etenim

illa persona cui delegatus fuerat indebitum non acceperat animo fraudandi siquidem ignorabat indebitum esse: neque potest dici delegantem furari ope et ministerio illius cui delegavit, siquidem adhoc ut furtum ope, et consilio fiat necesse est ut uterque animum fraudandi habeat. l. 53. §. 1. in fin. d. t. s: nam ideo ille cuius ope et consilio contrectatur tenetur furti; quia accedit furto; quare cum ille qui amovet non facit furtum, (ut in casu d. §. non facit ille qui accipit indebitum ex delegatione) necesse est ut neque fieri ab eo cuius ope et consilio indebitum accipitur, et amovetur; hoc est ab eo qui delegat indebitum. quod probatur ex lg. 36. de furtis in princ. ibi tunc tamen incipere teneri cum quis fugitivi fur esse cœperit &c. egimus de exposit. d. lg. 43. §. 2. in libro de mutuo cap. 6. n. 6. ubi aliter d. §. exposuimus. Denique nobis pro d. sententia obijcitur lg. 1. de distract. pign. ibi præsertim cum alter creditor furto possessionem quæ non fuit apud eum facto non amiserit. Sed resp. 1. furtum in d. lg. casu non fieri ex illa ratione ibi quia propriam causam &c. et illam rationem in verbo præsertim nullo modo obstare, nam si aliter creditor possessionem haberet, et esset alienata res, tunc non poterat furti excusari a furto, siquidem non poterat excusari a fraude contrectatæ possessionis, neque existimare sibi competere ius alienandi, nam cum sit alium creditorem possidere, iniuste errorem afectare intendit, ut a fraudis suspicione excusetur; quare ratio IC. sic se habet, non datur actio furti, quia alienatio non videtur dolo facta: ideo non videtur dolo facta; quia propriæ causæ persecutus videtur alienans, et ideo propriæ causæ persecutus videtur, qui alienavit; quia ordinis errore ductus fuit, et magnam erroris excusationem habet cum alter creditor non possideret: hoc est cum alter creditor furto possessionem quæ non fuit apud eum non amiserit.=

3. Cum ergo viderit alij doctissimi viri furtum non solum ratione possessionis fieri, et aliunde agnoscerent res hæreditarias; iacente hæreditate esse in dominio ipsius hæreditatis;

et ea adita stati esse in dominio hęredis: dixerunt ideo rei hęreditatis iacentis n. fieri furtum; quia n. est persona quę sit inuita; ijcto, q.d furtum n. fit nisi inuito domino res contrectetur. ita post Donel. late defendit Retes. d. lib. 7. cp. 2. n. 16. et fęre per totum ait eni predictus Doctor hęreditatę esse personę fictę sine animo vt possit inuita dici q. ad rationę furti exigitur. sed hęc opinio conuincitur. 1. q.a falso supponit hęreditatę esse personę fictę vt cap. probauimus. 2. quia licet furtum n. nisi inuito domino fiat non inde sequitur: furtum rei hęreditarię fieri non posse, nę testator adhuc posset inuitus dici cum mors non reuocet, aut extinguat volutatę, vt tuemur cp. 3. - 3.o quia falso supponitur furtum non nisi inuito domino fieri. siquidę sufficit si mere negatiue se habuerit, hoc est si expresse non consentiat l. 9. S. de seruit. pręd. vrb. imo quia furtum fieri potest domino n. inuito vt probauimus supra n. 2. = 4.o hęc sententia reijcięda est ex eo q.d ad summum duntaxat eius ratio probaret furtum iacente hęreditate fieri n. posset: nę ea adita hęres qui fit dominus per solę aditionę potest esse inuitus vt patet: neque satisfacit q.d huic objectioni respondet Retes d. cp. 2. n. 25. ait eni fictionę hęreditatis n. omnino extingui vsque dum hęres possideat; quia ea fictio adhuc est necessaria ad continuandos effectus possessionis, seu vsucapionis a defuncto inceptę; quia vsucapiendi conditio n. continuaretur, si aliquo tępore propter deffectum fictionis interrupta esset. sed hęc euasio omnino reijcienda est: tum; quia n. datur neque ante, neque post aditionem talis persona ficta, vt constat ex dictis c. tum etię reijci debet euasio illa ex eo q.d etsi concedatur talis ficta persona post aditionę ea n. impedit, quominus hęres fiat adeundo dominus; et possit esse inuitus: eteni fictio non impedit, nec potest impediri effectus aditionis; alioquim ea n. in fauorem hęredis sed in eius damnum inducta esset =

FINIS

INDEX RERUM

A

B

C

D

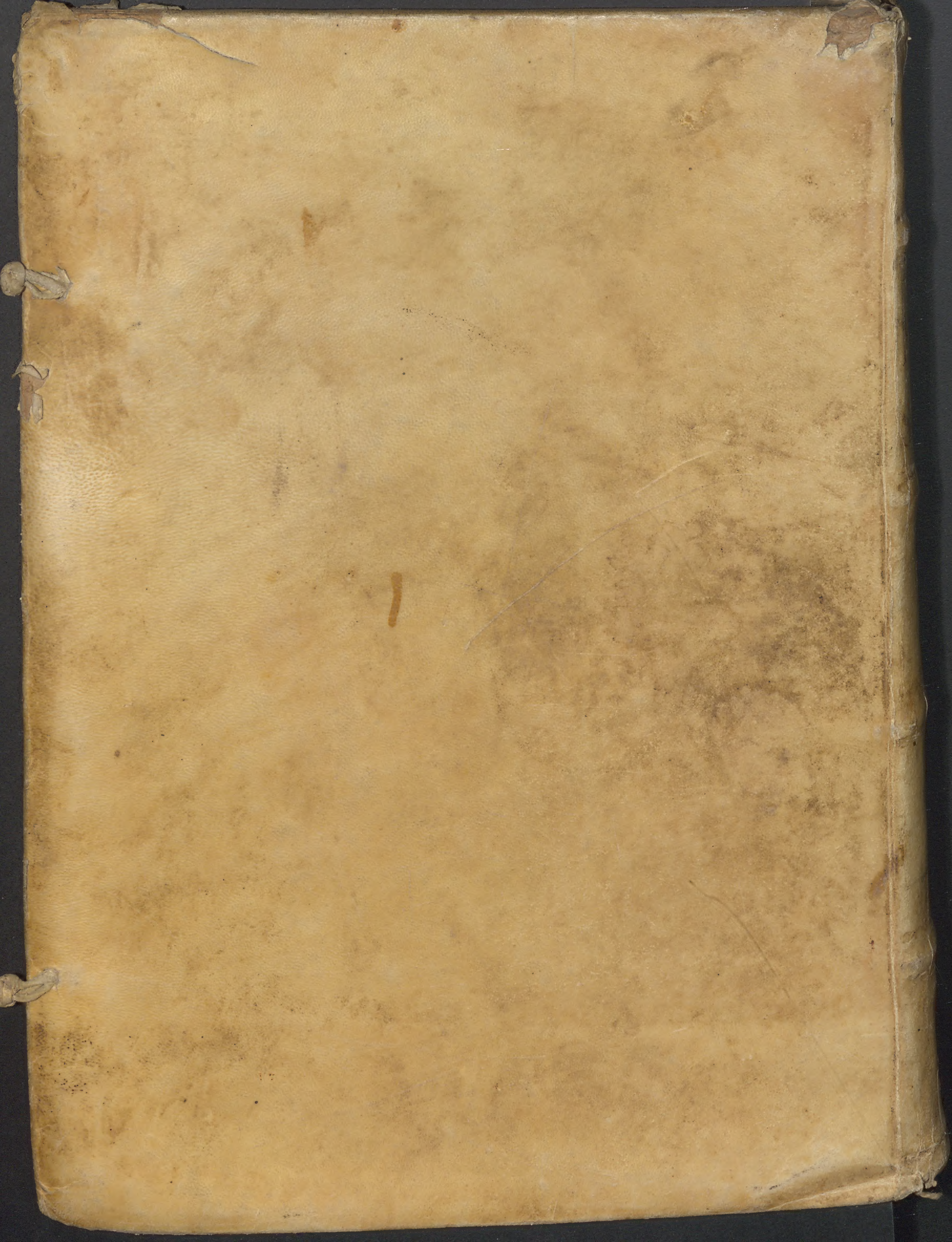
F

H

I

L

M



DE

Heredia

Mang. esqᵒ

Singular